ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

LA BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES :

1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS C. de LORIMIER et CHS A. VILBON,

AVOCATS.

Montréal :

CADIEUX & DEROME, LIBRAIRES-ÉDITEURS

1885.

[ARTICLE 124.]

123. Les sommations respectueuses aux père et mère ne sont plus obligatoires.

124. En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants et entre les alliés, soit légitimes, soit naturels.

123. Respectful requisitions to the father and mother are no longer necessary.

124. In the direct line, marriage is prohibited between ascendants and descendants and between persons connected by alliance, whether they are legitimate or natural.

---

* *Instit.*, *liv.* 1, *tit.* 10, *de nuptiis*, } ......§ 1. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet, nam a quarumdam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt : veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque in infinitum.

Et si tales personæ inter se coïerint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi : in tantum, ut etiam dissolutâ adoptione, idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia, vel neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

---

* *ff.*, *lib.* 23, *tit.* 2, *L.* 53, 54, *de ritu nupt.* } [*L.* 53.]—Nuptiæ consistere non possunt inter eas personas, quæ in numero parentum liberorumve sunt, sive proximi, sive ulterioris gradus sint, usque ad infinitum.

[*L.* 54.]—Et nihil interest, ex justis nuptiis cognatio descendat, an vero non : nam et vulgo quœsitam sororem quis vetatur uxorem ducere.

[ARTICLE 124.]

* *Pothier, Mariage, Nos.* 132, 150, *in fine*, 153. } [132.]—Il faut à cet égard, distinguer les différentes espèces de parenté, et les différents temps.

La parenté de la ligne directe, en quelque degré éloigné qu'elle soit, a été dans tous les temps un empêchement dirimant de mariage.

La loi naturelle a formé cet empêchement ; et tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse et abominable, l'union charnelle entre des parents de cette ligne.

Quoique le crime de cette union se fasse mieux sentir par un sentiment naturel, que par le raisonnement, on peut néanmoins dire que le respect et la soumission qu'un fils doit, par le droit naturel, à sa mère, étant quelque chose d'opposé et d'incompatible avec l'autorité que le mariage donne au mari sur sa femme, un fils ne peut pas, sans blesser la loi naturelle, devenir le mari de sa mère ; pareillement, le grand respect qu'une fille doit à son père, ne permet pas qu'elle devienne, par le mariage, sa compagne. Ce sont les raisons que rapporte Grotius, *de jur. bel. et pac. lib.* 2, *cap.* 5, §. 12.

Ces raisons peuvent s'appliquer aux autres parents de la ligne directe.

[150.] L'affinité proprement dite, est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage, et les parens de l'autre conjoint : *Necessitudo inter unum e conjugibus et alterius conjugis cognatos.*

Selon cette définition, tous les parens du mari sont les affins de sa femme ; et tous les parens de la femme sont les affins du mari : pareillement j'ai pour affins les maris de mes parentes, et les femmes de mes parens.

Afflues sunt (dit le Jurisconsulte Modestinus) *viri et uxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit ; L.* 4, §. 3, *ff., de grad. et affin.*

[ARTICLE 124.]

[151.] Quoiqu'il n'y ait pas à proprement parler de lignes ni de degrés dans l'affinité, les affins ne descendant pas d'une même souche, *gradus affinitatis nulli sint ; d. l.* 4, § 5 ; néanmoins, dans un sens moins propre, on y distingue aussi des lignes et des degrés.

L'affinité de l'un des conjoints par mariage, avec les parens de l'autre conjoint, est censée être dans la même ligne, et au même degré qu'est leur parenté avec l'autre conjoint.

[152.] Le droit civil fait résulter l'affinité du mariage ; *Conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis ; d. L.* 4, §. 3 ; il ne distingue pas s'il a été consommé ou non.

Le droit canonique l'a fait résulter de la consommation du mariage par le commerce charnel. La raison est prise de la loi du Lévitique, qui défend le mariage avec la femme de notre parent, parcequ'elle est devenue une même chair avec lui : *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.*

De là il suit que lorsqu'un mariage a été dissous avant la consommation, il n'y a pas proprement d'affinité entre l'un des conjoints et les parents de l'autre ; mais il y a une autre espèce de relation entre ces personnes, qui, pour une raison d'honnêteté publique, forme entr'elles un empêchement de mariage tel que celui de l'affinité, comme nous le verrons *infrà*, art. 5. " [N° 212. Les empêchements d'honnêteté publique sont ceux qui résultent des fiançailles, et d'un mariage non consommé.] "

[153] L'affinité dans la ligne directe, en quelque degré qu'elle soit, est un empêchement dirimant de mariage par le droit naturel. La loi du Lévitique punit de mort le mariage ou commerce charnel entre des personnes qui se touchent d'affinité dans cette ligne : *Qui dormierit cum novercâ suâ et revelaverit ignominiam patris sui, morte moriatur ; Levit.* 20, *V. II. Si quis dormierit cum nuru suâ, uter que moriatur ; V.* 12.

[ARTICLE 124.]

* 3 *Pand. Franc.*, *P.* 96. } [No. 9.] La parenté est le lien du sang ou de la famille, où de tous deux ensemble.

En conséquence, la parenté est de trois sortes : purement naturelle ; purement civile ; et mixte, c'est-à-dire, naturelle et civile en même temps.

La parenté purement naturelle est celle que forme le seul lien du sang. Ainsi les enfants nés d'un commerce illicite, c'est-à-dire, sans mariage, sont parens entre eux. De même les frères utérins, nés d'une même femme, sont aussi parens.

La parenté purement civile, est celle que forme le seul lien de la famille. Tel est celui qui existe entre le père et les enfants adoptifs ; ou entre deux enfants adoptifs ; ou enfin entre les enfans légitimes naturels, et les adoptifs. Cette parenté diffère de la parenté purement civile, en ce qu'elle cesse, et s'efface par l'émancipation, ce qui n'arrive point, à l'égard de la parenté naturelle. Les Romains avaient des noms propres pour chacune de ces parentés. Celle purement naturelle s'appelait *cognation*, *cognatio ;* et la parenté civile, *agnation*, *agnatio.* Le premier nom est naturel : le second est civil. Enfin, la parenté naturelle, ou cognation, se propage et s'étend par les femmes ; au lieu que la parenté civile, ou agnation, se borne à ceux à qui nous sommes joints par l'adoption.

La parenté mixte, est celle que forme le lien commun du sang, et de la famille. Telle est celle qui existe entre les enfans provenus d'un mariage légitime.

[*No.* 10.] Deux choses sont à remarquer, dans la parenté : la ligne, et le degré.

La ligne, est l'ordre, ou la suite de la parenté. Elle est double : C'est-à-dire qu'elle se divise en deux branches ; en directe, et en transversale, ou collatérale.

La ligne directe, est l'ordre, ou la série des ascendants, et des descendants. On appelle ascendants, ceux de qui nous provenons, par l'effet de la génération successive ; et descen-

dans, ceux qui proviennent de nous, par le même moyen. Les ascendans sont, le père et la mère, l'aïeul ou aïeule, le bisaïeul, le trisaïeul, et ainsi de suite en remontant. Les Romains avaient des noms pour les ascendants, dans les deux branches, jusqu'aux sixième degré. Nous n'en avons point au-delà du troisième. Les autres ascendants, plus éloignés, s'appellent généralement ancêtres. Les descendants sont, les enfans, les petits enfants, les arrières petits enfants, et ainsi de suite. suivant l'ordre des générations.

La ligne collatérale, est l'ordre, ou la série de ceux dont l'un n'a point été engendré par l'autre, mais qui proviennent tous d'une souche commune. Ainsi, deux frères sont parens, dans la ligne collatérale; car l'on n'a point été eng ndré par l'autre, mais tous deux ont un auteur commun. Il en est de même des oncles et des neveux; des cousins et des petits-cousins; et ainsi à l'infini.

Il y a, entre les frères, trois sortes de différences. Les uns sont germains; ce sont ceux qui ont le même père et la même mère. Les autres sont consanguins; ce sont ceux qui ont le même père, mais non la même mère. Ceux de ces deux classes sont agnats, *agnati*. D'autres enfin sont utérins; ce sont ceux qui proviennent de la même mère, mais de pères différents. Ceux-ci sont cognats, *cognati*.

Ainsi, l'on voit que l'agnation, *agnatio*, est la parenté, dans la ligne paternelle, ou formée par les hommes; et que la cognation, *cognatio* est la parenté, dans la ligne maternelle, ou formée par les femmes. Suivant le Droit Romain, les cousins paternels, *patrueles*, étaient agnats; et les cousins maternels, *consobrini*, étaient cognats.

[P. 102] Le mariage, dans la ligne directe, est défendu à l'infini. Celui qui aurait été contracté, n'est qu'un inceste. C'est une union criminelle, reprouvée par toutes les lois.

[P. 106.] No. 14.—L'alliance, ou l'affinité, est cette espèce de lien, cette sorte de parenté, qui se forme, par le mariage,

entre un des conjoints, et les parens de l'autre. Nous disons, par le mariage, car l'affinité ne se forme que de cette manière. Il n'en résulte aucune, d'une union illégitime. Cela ne doit cependant s'entendre que suivant le droit civil; car, suivant le droit canonique, l'affinité se forme, même par le concubinage. (Décrétal. *de eo qui cognov, eonsang. uxor vel spons.*) Cette affinité n'a lieu qu'entre l'un des conjoints, et les parens de l'autre. Elle n'éxiste pas entre les parens de l'époux.

L'affinité n'a, par elle-même, ni ligne, ni degré : mais elle les imite. On divise les affins, ou alliés, comme les parens, en deux lignes; savoir, la directe et la collatérale.

Le mariage est défendu, dans la directe, à l'infini.

[P. 197.] No. 84.—La loi dit que le mariage est prohibé entre tous les ascendans, civils, ou *naturels*.

En effet, quoique les bâtards n'aient point de parenté civile avec leurs ascendans, après le premier degré, néanmoins la parenté naturelle existe, et par conséquent l'empêchement qui est de droit naturel. Ainsi, je ne pourrai point épouser la fille bâtarde de mon fils, car je suis naturellement son grand père. Il en est de même de tous les autres degrés dans la ligne directe.

Ces unions étaient aussi défendues par les lois Romaines (*LL.* 8–14, § 2, *l.* 54, *ff*, *de Ritu nupt.*)

[*No.* 85.—La loi ajoute : *et les alliés dans la même ligne.* Cette alliance est ce qu'on appelle l'affinité, dont nous avons donné la définition dans nos notions générales à la fête de ce titre.

Le droit civil fait résulter l'affinité, du mariage. Il ne distingue point si le mariage a été, ou non, consommé. Le Droit canonique la fait résulter de la consommation charnelle du mariage; en sorte que si le mariage est dissous, avant la consommation, l'affinité n'existe pas.

Cette distinction ne serait point admise dans les tribunaux, à moins que la non-consommation ne fût bien constante,

comme si un des deux époux était mort, avant qu'ils eussent pu habiter ensemble.

[*No.* 86.]—L'affinité dans la ligne directe, en quelque degré qu'elle soit, a toujours été un empêchement dirimant de mariage. La loi du Lévitique punissait de mort le mariage, ou commerce charnel, entre des personnes qui se touchaient d'affinité dans cette ligne. (Lévit. 20, V. 11 et 12.)

Les lois Romaines regardaient aussi l'affinité, en ligne directe, en quelque degré que ce fût, comme un empêchement dirimant de mariage. (L. 14, ff., de Ritu nupt.)

Nous n'avons pas besoin d'avertir que tout ce que nous avons dit, s'applique à l'affinité naturelle, comme à l'affinité civile. Ainsi, un enfant bâtard ne pourra épouser, ni la veuve de son père, ni celle de son grand père. (*Et nihil interest, ex justis nuptiis cognatio descendat, an vero non*, (L. 54, ff., *de Ritu nupt.*)

---

* 1 *Merlin*, *Rep.*, *Vbo. affinité.* } C'est, [[suivant le droit Romain, l'alliance, le degré de proximité qui existe entre deux personnes dont une a épousé un parent de l'autre ; et, suivant le droit canonique, l'alliance, le degré de proximité qui existe entre deux personnes dont une a eu avec un parent de l'autre, un commerce, soit légitime, soit illicite.]]

1. Il s'ensuit de cette définition, qu'il y a dans le droit canonique, deux sortes d'affinité ; l'une qui est légitime, et qui vient de l'union de deux familles par le mariage ; l'autre illégitime, qui vient d'une conjonction illicite entre deux personnes de différents sexes.

L'effet de la première est que le mariage est défendu à l'infini entre les alliés par affinité en ligne directe, et jusqu'au quatrième degré inclusivement en ligne collatérale.

Quant à la seconde, la prohibition ne vas pas au-delà du second degré.

---

* *C. N.*, 161. } En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.

---

125. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés au même degré, aussi légitimes ou naturels.

125. In the collateral line, marriage is prohibited between brother and sister, legitimate or natural, and between those connected in the same degree by alliance, whether they are legitimate or naturel.

---

* *ff.*, *lib.* 23, *tit.* 2, *L.* 14, § 2, *L.* 39, *de Ritu nupt.* } Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem. Tantumdem juris est, et in sonore, et sororis filiâ.

L. 39.—Sororis proneptem non possum ducere uxorem : quoniam parentis loco ei sum.—§ 1. Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicetur committere.

---

* *Cod.*, *L.* 5, *tit.* 5, *L.* 5, *de incest. nupt.* } Fratris uxorem ducendi, vel-duabus sororibus conjungendi penitus licentiam summovemus, nec dissoluto quocunque modo conjugio.

---

* *Pothier*, *Mariage*, *Nos.* 133, 154, 158 160. } [133.] Dans la ligne collatérale, le mariage entre le frère et la sœur, celui du neveu avec sa tante, sont condamnés comme incestueux par la loi divine : *Qui acciperit sororem suam, filiam patris sui, vel filiam matris suæ, et viderit turpitudinem ejus, illaque conspexerit fratris ignominiam, nefariam rem operati sunt, occidentur sn conspectu populi sui;* Lévit. 29, 17. Et

plus bas il dit : *Turpitudinem materteræ et amitæ tuæ non discooperies*, &c., V. 19.

Grotius, *d. cap.* 5, §. 13, remarque que la défense des mariages dans les degrés exprimés par le Lévitique, n'était pas particulière aux Israëlites ; qu'elle n'était qu'un renouvellement d'une défense générale que Dieu en avait faite à tous les hommes, depuis que le genre humain avait été assez multiplié pour que le mariage des frères et des sœurs ne fut plus nécessaire ; puisque la transgression qui en avait été faite par les peuples de Canaan, est traitée d'abomination ; *ne polluamini in omnibus his quibus contaminatœ sunt gentes quas ego ejiciam ante conspectum vestrum, et quibus polluta est terra ;* Lévit. XVIII, 24. La tradition s'en était conservée dans le paganisme.

[154.] L'affinité de la ligne collatérale était aussi, par la loi du Lévitique, à l'égard de certaines personnes, un empêchement de mariage. Cette loi défendait d'épouser la femme de son frère : *Qui duxerit uxorem fratris, rem facit illicitam*, (Sauf dans le cas auquel elle n'aurait laissé aucuns enfans, auquel cas le frère du défunt, non seulement pouvait, mais devait l'épouser, *ad sustinendam semen fratri suo.* Deuteron. *XXV.* 5.) Lévit. 20. 21 ; et au chapitre 18, *V.* 16. *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est* ; c'était le crime dont saint Jean-Baptiste reprit Hérode, qui avait épousé Hérodiade, veuve de son frère. Saint Jean disait à Hérode, *non licet tibi habere eam : Math. XIV, V.* 4.

[158.] Depuis, la discipline s'est établie que le mariage entre affins devait être défendu dans tous les mêmes degrés dans lesuels il est défendu entre parens : la raison, dit-on, pour laquelle le mariage est défendu entre parens c'est parce qu'il est dit dans la loi du Lévitique : *Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedet, ut non revelet turpitudinem ejus :—*

[160]. Depuis ce temps, les mariages entre affins ont tou-

jours été défendus dans tous les mêmes degrés dans lesquels ceux entre parens l'étaient. C'est pourquoi, lorsque la défense des mariages entre parens fut étendue au sixième et au septième degré, celle des mariages entre affins fut étendue aux mêmes degrés : les lois Ecclésiastiques de Canut, Roi d'Angleterre, s'en expliquait bien formellement : il est dit cap. 7, *ne quis fide christianâ tinctas intrà sextum suæ cognationis gradum nuptias contrahat, neve cui cum eo fuerat intra sextum gradum necessitudo viduam in matrimonium ducat, neque ei quam antè habuerat uxorem aliquam consanguinitate propinquam in matrimonium ducat.*

Le concile de Latran ayant borné au quatrième degré la défense des mariages pour cause d'affinité. C'est la discipline qui est aujourd'hui observée dans l'Eglise.

---

* *Touillier, No.* 537. } La morale et la politique s'accordent pour défendre les mariages entre les frères et sœurs. Cette prohibition dérive de l'honnêteté publique. La famille doit être le sanctuaire des mœurs. Il faut éviter tout ce qui peut les corrompre : le mariage n'est pas une corruption. Mais l'espérance du mariage entre les personnes qui vivent sous le même toit et dans une si grande intimité, pourrait introduire la corruption et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, et en banniraient l'innocence et la vertu.

Aucune autorité dans l'Etat n'a le droit de lever, par des dispenses, les prohibitions portées dans ces deux articles (161 et 162 du C. N.)

---

* *C. N.*, 162. } En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.

[ARTICLE 126.]

126. Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tente et le neveu.	126. Marriage is also prohibited between uncle and niece, aunt and nephew.

---

* *ff. loc. cit.* } Cités sous l'art. 125. p. 8.

* *Institutes Justinien, lib.* 1, *Tit. X, de nuptiis*, § 3. } Fratris vero, vel sororis filiam, uxorem ducere non licet, sed nec neptem fratris vel sororis, quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint : cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere : quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.

---

* 10 *Merlin, Rep., Vbo. Empêchement,* § 4. } [Art. 1. No. III.]—La loi du 20 Septembre 1792, tit. 4, sect. 1, art. 14, avait limité au frère et à la sœur, la prohibition du mariage entre parens en ligne collatérale. Mais le code civil, art. 162, prohibe le mariage, non seulement *entre le frère et la sœur légitimes ou naturels*, mais encore *entre les alliés au même degré ;* et, par l'art. 163, il étend la prohibition jusqu'à *l'oncle et la nièce, la tente et le neveu.* Et là se bornent les empêchements qu'il établit.

Mais il faut bien regarder la différence qu'il y a entre la rédaction de ce dernier article et celle des deux précédents.

Dans les arts. 161 et 162, l'empêchement attaché aux qualités respectives d'ascendans et de descendans, de frères et de sœurs, soit qu'il y ait à la foïs parenté naturelle et légitime, soit qu'il n'y ait qu'une parenté naturelle, et soit qu'il n'y ait que l'image connue sous le nom d'affinité. C'est ce qu'exprime dans le premier, les mots légitimes ou *naturels* et les *alliés* dans la même ligne ; et dans le second les mots *naturels* et *légitimes* et les *alliés dans la même ligne ;* et dans le

second, les mots *naturels et légitimes et les alliés dans le même degré.* Mais dans l'article 163, on ne trouve aucune de ces expressions ; et de là naissent deux questions importantes.

1o Du silence de cet article sur les alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu, s'ensuit-il que l'empêchement établi par cet article, ne porte pas sur les oncles et nièces, tantes et neveux par alliance ?

M. Malleville et M. Touillier embrasssent sans hésiter l'affirmative ; et il ne nous paraît pas possible d'adopter une autre opinion. L'affinité n'est jamais assimilée de plein droit à la parenté ; elle ne l'est qu'en vertu de lois expresses ; et ces lois doivent toujours être restreintes à leurs cas précis. C'est ainsi que, dans la loi qui appelle les parens d'un défunt à sa succession *ab intestat*, les alliés ne sont pas compris, même à l'effet d'exclure le fisc.

2o Les parens naturels au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu, sont-ils eompris dans la prohibition prononcée par l'art. 163 ?

M. Malleville et M. Touillier pensent que non. " On peut " observer " (dit le premier auquel le second se réfère) " que, " dans les art. 161 et 162, on se sert toujours de l'expression " *ascendans ou descendans légitimes ou naturels, frères et sœurs* " *légitimes ou naturels et les alliés au même degré* ; au lieu que, " dans l'art. 163, cette répétition *légitimes* ou *naturels* ne se " trouve plus ; d'où l'on peut conclure que ce n'est qu'entre " l'oncle et la nièce, la tente et le neveu légitimes, que le " mariage est défendu, et non entre les mêmes parens natu- " rels. Et en effet, régulièrement il n'y a pas de parenté na- " turelle au-delà des ascendans et descendans, frères et sœurs ; " et d'autre part, la loi est moins sévère pour les mariages " entre oncle et nièce, tante et neveu, que pour ceux entre " beau-frère et belle-sœur, puisqu'elle permet des dispenses " pour les premiers et non pour les autres."

Cette doctrine n'est pourtant pas sans contradicteur ; et il

faut convenir que la seconde des raisons qu'en donne M. Malleville n'est rien moins que satisfaisante.

En effet, dire que les oncles et nièces, tantes et neveux par alliance ne sont pas compris dans l'article 163, parce que *régulièrement* il n'y a pas de parenté naturelle au-delà des ascendans et descendans, frères et sœurs, qu'est-ce autre chose que mettre en principe ce qui est en question ?

Cette assertion semblerait d'ailleurs supposer que, régulièrement et pour tous les effets, il y a *parenté naturelle entre les ascendants et descendants, frères et sœurs ;* et rien n'est moins exact ; car régulièrement la parenté naturelle ne s'étend point au-delà du père et de la mére. D'après la lettre et l'esprit du code civil, dit un arrêt de la Cour de Cassation du 7 Juillet 1817, qui est rapporté à l'article *alimens*, § 1. art. 2, les enfans naturels ne sont pas dans la famille de leur père et mère ; ils ne sont ni héritiers des parens de cette famillé, ni même liés entre eux par aucun droit, par aucun devoir, par aucune obligation ; et en partant de là, il ne faudrait admettre d'empêchement de mariage qu'entre l'enfant naturel et ses père et mère.

Pourquoi cependant le code civil étend-il l'empêchement plus loin ? Pourquoi considère-t-il, à cet égard, l'enfant naturel comme descendant des ascendants du père et de la mère, et comme frère ou sœur de leurs autres enfants ? C'est uniquement, comme le dit encore l'arrêt cité, *par des motifs de morale et d'honnêteté publiques.*

Aussi cet empêchement aurait-il eu lieu de plein droit, quand même les art. 111 et 112 se seraient bornée à dire que le mariage est prohibé entre tous les ascendans et descendans, et entre le frère et la sœur, sans ajouter, comme ils l'ont fait, *légitimes* et *naturels ;* car, en tout ce qui tient à la morale et à l'honnêteté publique, la parenté naturelle est assimiliée à la parenté légitime.

C'est sur ce fondement que la loi 14, § 2, D. de *ritu nup-*

tiarum, dit qu'il ne peut pas y avoir de mariage entre le père et la fille qu'il a eue d'un commerce illicite, *quoniam in contrahendis nuptiis naturale jus et pudor inspicitur.*

C'est sur le même fondement que la loi 54 du même titre déclare que le frère ne peut pas épouser la sœur à laquelle une union illicite a donné le jour : *et nihil interest ex justis nuptiis cognatio descendat, an vero non ; nam et vulgo quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere.*

Mais cet article est précédé de deux autres, dans lesquels le législateur déclare formellement communs aux parens légitimes et naturels les empêchements qu'il y établit. Pourquoi ne s'exprime-t-il plus ne même dans l'art. 163 ? C'est évidemment parce qu'il ne veut pas donner à l'empêchement qu'il établit par l'art. 163, la même extension qu'à ceux qu'il établit par les art. 161 et 162; et la raison pour laquelle il ne le vent pas, se coordonne parfaitement avec l'art. 164, qui autorise les dispenses à l'égard de l'un et les prohibe implicitement à l'égard des autres. De là, en effet, il résulte qu'à ses yeux, l'honnêteté publique est bien moins offensée par le mariage de l'oncle et de la nièce, que par celui de l'ascendant et de la descendante, que par celui du frère et de la sœur ; et il n'en faut pas davantage pour expliquer l'opposition qui se trouve entre les arts. 161 et 162 et l'art. 163.

Mais voici une autre question, ce que dit l'art. 163 de l'oncle, de la nièce, de la tante et du neveu, est-il applicable au grand oncle et à la petite nièce, à la grand'tante et au petit neveu ?

Cette question a fait en 1808, la matière d'un rapport du ministre de la justice au chef du gouvernement qui l'a renvoyé au conseil d'Etat ; et d'après la discussion qu'il y a subie il est intervenu, le 7 mai de la même année, une décision ainsi conçue :

" Le Conseil d'Etat ayant délibéré dans la séance du 23 avril 1808, d'après le renvoi de Sa Majesté sur le rapport du Grand

Juge, ministre de la justice, tendant à faire décider la question de savoir si le mariage est permis entre le grand oncle et la petite nièce ;

" Sa Majesté a rendu la décision suivante :

" Le mariage entre un grand oncle et la petite nièce, ne peut avoir lieu qu'en conséquence de dispenses accordées conformément à ce qui est prescrit par l'art. 164 du code civil. (Bulletin des loi, 4e. série, No. 191.)

---

* *Pothier, Mariage, Nos.* 133-146-148-154-111. } [No. 133.]—Cité sous l'art. 125. *p.* 8.

[146.]—Cette discipline, qui étendait la défense des mariages entre parens, était sujette à de très grands inconvénients ; elle donnait lieu à de fréquentes demandes en cassation de mariage, sous prétexte de quelque parenté éloignée que des personnes dégoutées de leur mariage, découvraient ou supposaient.

Elle dura néanmoins jusqu'au treizième siècle. Innocent III, dans le concile général de Latran. tenu l'an 1215, l'abrogea, et borna la défense des mariages entre parens au quatrième degré : *non debet*, dit ce Pape, *reprehensabile judicari, si secundum varietatem temporum, statuta quandoque varientur humana, prœsertim, cum urgens necessitas aut evidens utilitas id exposcit... prohibitio copulœ conjugalis quartum consanquinitatis et affinitatis gradum de cætero non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest ubique gravi dispendio generaliter observari.* Il ajoute une autre raison, qui se ressent fort du mauvais goût de ce siècle : *Quaternarius vero numerus*, dit-il, *bene congruit prohibitione conjugii corporalis de quo dicit apostolus quod vir non habet potestatem sui corporis, sed mulier ; nec mulier habet potestatem sui corporis, sed vir, quia quatuor sunt humeres in corpore qui constant ex quatuor elementis.*

[148.]—En est-il de même d'un oncle et d'une tante ? Puis-je épouser une fille de la descendance de mon frère, quoi-

qu'elle soit au cinquième degré de notre souche commune? Puis-je épouser *abneptem fratris mei?* Covarruvias décide l'affirmative, et il est suivi par l'auteur des conférences de Paris : j'aurais de la peine à souscrire à cette décision. Il y a une autre raison que la proximité du degré, qui empêche le mariage entre ces personnes; cette raison est que ces personnes, comme le dit Justinien (*Inst.*, *de nnpt*, *V.* 5) *parentum loco habentur ;* un oncle tient lieu de père à ses nièces, petites nièces, et à toute la postérité de ses frères; une tante tient lieu de mère à ses neveux et à toute la postérité de ses frères et sœurs. C'est pourquoi, quoique Justinien permit le mariage entre parens dans le quatrième degré, suivant la manière de compter du droit civil, et qu'un grand oncle et une grande tante fussent dans le quatrième degré, et par conséquent dans le degré permis, il ne permettait point néanmoins le mariage du grand oncle avec sa petite nièce, ni du petit neveu avec sa grand'tante : *quia parentum loco habentur.* Par la même raison, le mariage ne doit pas être permis entre un oncle et son arrière nièce, en quelque degré éloigné que soit sa nièce.

[154]... La loi du Lévitique défendait aussi le commerce charnel avec la femme de son oncle : *qui coierit come uxore patrui vel avunculi sui, et revelaverit ignominiam cognationis suæ, portabunt ambo iniquitatem suam. V.* 20.

La même défense se trouve au chap. 18, V. 19, où il est dit : *Turpitudinem patrui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus quæ tibi affinitate coajungitur.* Jansenius, sur ce texte, observe très bien, que ce qui est dit, *nec accedes*, etc., est l'explication de ce qui précède *turpitudinem patrui tui non revelabis*, et que c'est la femme de l'oncle, qui est en cet endroit appelée *turpitudo patrui quia facta est una caro cum-patruo.*

[191.] Les Canonistes, avant le troisième concile de Latran, distinguaient trois différents genres d'affinité; le premier, était l'affinité qui est entre l'un des conjoints par mariage, et

les parens de l'autre conjoint; laquelle affinité est l'affinité proprement dite : *necessitudo inter unum e congugibus e alterius conjugis cognatos*, la seule qui fut connue par les lois romaines et dans les premiers siècles de l'Eglise, et dont nous avons parlé jusqu'à présent.

Le second genre d'affinité était l'affinité que les Canonistes avaient imaginée entre l'un des conjoints par mariage, et les affins de l'autre conjoint.

Le troisième genre était celui qu'ils avaient imaginé entre l'un des conjoints par mariage, et les affins du second genre de l'autre conjoint.

Ceci se comprendra mieux par l'exemple qu'en donne la Glose sur le chapitre 8 *de consanguinitate* ; la femme de mon frère tient par affinité lieu de sœur aux autres frères et sœurs de mon frère, et à moi ; cette affinité est l'affinité du premier genre, l'affinité proprement dite, *necessitudo inter unum e conjugibus et alterius conjugis cognatos.*

Si cette belle-sœur, après la mort de mon frère, vient à se remarier, il se contracte une affinité entre son second mari et moi, et mes frères et sœurs, par laquelle il nous tient lieu de beau-frère : cette affinité n'est pas l'affinité du premier genre ; car nous ne sommes pas les parents de sa femme ; mais nous sommes les affins de sa femme, nous sommes les beaux-frères et les belles-sœurs de sa femme.

Si ensuite après la mort de notre belle-sœur, ce second mari de notre belle-sœur vient à se remarier, il se contractera un troisième genre d'affiniié, par laquelle sa seconde femme nous tiendra lieu de belle-sœur, parce que nous sommes affins du second genre d'affinité avec son mari.

Ces affinités du second et du troisième genre formaient, avant le Concile de Latran, un empêchement dirimant du mariage, de même et dans les mêmes degrés que l'affinité du premier genre. Le concile de Latran a abrogé la defense des mariages pour cause de ces deuxième et troisième genres d'affinité.

[ARTICLE 127.]

* *C.N.*, 163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

127. Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses.

Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux qui en ont joui par le passé.

127. The other impediments recognized according to the different, religious persuasions, as resulting from relationship or affinity or from other causes, remain subject to the rules hitherto followed in the different churches and religious communities.

The right, likewise, of granting dispensations from such impediments appertains, as heretofore, to those who have hitherto enjoyed it.

* 2 *Stephen's Commentaries*, *lib.* 3, *c.* 2, *p.* 239, *et suiv.* Now these disabilities are two sorts; first, such as are canonical; secondly, such as are municipal or civil. The first have the effect of avoiding the marriage upon a suit instituted for that purpose in the spiritual courts. But until sentence of nullity be so obtained, they make the marriage voidable only, and not *ipso facto* void. Of this nature are pre-contract with another party (if indeed that be still an objection), and an inability at the time of the marriage to procreate children. Not only are marriages under these circumstances of disability, esteemed valid, until these be actual sentence of séparation, but they are permanently valid, unless such sentence be given during the life of the parties. [For after the death of either of them, the courts of common

law will not suffer the spiritual courts to declare such marriages to have been void.] These canonical disabilities being entirely the province of the ecclesiastical law, the books of the common law are nearly silent concerning them; yet the subject of precontract is noticed by the statute 32 Hen. VIII, c. 38. This act provides, that all marriages contracted and solemnized in the face of the church and consummated, shall be indissoluble, notwithstanding any pre-contract not consummated. It is true that this branch of the statute was repealed by 2 and 3 Edward VI, 23 ; but as the modern act of 4 Ceo. IV c. 76, s. 27, it is enacted (as it had before been by 26 Geo II, c. 33), that in no case shall any proceedings be had in any ecclesiastical court to compel a celebration of marriage by reason of any contract, it would seem that this provision of Henry the eight's statute is impliedly revived and extended, and the impediment of pre-contract wholly abolished.

[242 et suiv.] A fourth incapacity is in respect of proximity of relationship; that is, being within the prohibited degrees of consanguinity or affinity. [By stat. 32 Henry VIII, c. 38, it is declared that all persons may lawfully marry, but such as are prohibited by God's law, and that all marriages contracted by lawful persons in the face of the church, and consummated with bodily knowledge and fruit of children, shall be indissoluble. And (because in the times of popery, a great variety of degrees of kindred were made impediments to marriage, which impediments however might be bought off for money) it is declared by the same statute that nothing (God's law except shall impeach any marriage without the Levitical degrees.) By the effect of this statute, the only marriages which are now illegal in respect of proximity of degree, are the following : those between persons in the ascending and descending line *in infinitum*, and those between collaterals to the third degree inclusive, according to the

[ARTICLE 127.]

mode of computation in the civil law, which reckons the sum of the degrees from the propositus up to the common stock, and so down to the other relative. The prohibition, however, as to collateral is held to extend not only to *consanguinei*, or those related by blood, but to affines, or those related by marriage. Thus a man can marry neither his sister nor his wife's sister, for both are related to him in the second degree; nor his sister's daughter, nor wife's sister's daughter, for both are in the third degree; but he may marry his first cousin, for she is in the fourth degree. Though the *consauguinei* of the wife are always related by affinity to the husband, and the *consanguinei* of the husband to the wife, is to be remarked, on the other hand, that the *consanguinei* of the husband are not at all necessarily related to the *consanguinei* of the wife. Hence two brothers may marry two sisters. or father and son mother and daughter.

Nor is the husband related to the affines of the wife, nor *vice versa.* Therefore a man may marry his wife's brother's wife. It is farther to be observed, that the prohibitions as to collaterals extends to those related by the half blood only; and that it also applies, though one of the parties be a bastard; for notwithstanding this circumstance, which makes him *nullius filius.*

As to many civil consequences, the law recognizes his relationship to his naturel parents, for moral purposes, The incapacity in respect of proximity of relationship was till lately a canonical only and not a civil disability.

But by Statute 5 and 6 Will. IV c. 54, all marriages thereafter celebrated between persons within the prohibited degrees of consanguinity or affinity, shall be absolutely void to all purposes whatever which seems to bring the objection to the cognizance of the courts of common law.

CHAPITRE DENXIÈME.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

128. Le mariage doit être célébré publiquement, devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi.

CHAPTER SECOND.

OF THE FORMALITIES RELATING TO THE SOLEMNIZATION OF MARRIAGE.

128. Marriage must be solemnized openly, by a comptent officer recognized by law.

---

* *C. N.*, 165. } Le mariage sera célèbré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties.

---

129. Sont compétents à célébrer les mariages, tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil.

Cependant aucun des fonctionnaires ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelqu'empêchement, d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'église à laquelle il appartient.

129. All priests, rectors, ministers and other officers authorized by law to keep registers of acts of civil status, are competent to solemnize marriage.

But none of the officers thus authorized, can be compelled to solemnize a marriage to which any impediment exists according to the doctrine and belief of his religion, and the discipline of the church to which he belongs.

---

* *Pothier*, *mariage*, *Nos.* 346, 349, 354 *à* 360. } (347.) La bénédiction nuptiale, et la célébration du mariage en face d'Eglise, qui n'étaient d'abord que de pieux usages, furent dans la suite requis pour la validité des mariages,

[ARTICLE 129.]

Pour remédier aux abus qu'occasionnait la clandestinité des mariages que plusieurs personnes contractaient sans aller à l'Eglise recevoir la bénédiction nuptiale, dans la vue de les tenir secrets, nos Rois jugèrent à propos d'ordonner que leurs sujets, lorsqu'ils contracteraient mariage, le contracteraient en face d'Eglise, où il recevraient la bénédiction nuptiale ; à peine de nullité des mariages qui se contracteraient sans y observer cette formalité. C'est ce que nous trouvons établi dans le recueil des Capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs, fait par Benedictus Levita. Il est dit au livre sixième, art. 130 : *Nec sine benedictione Sacerdotis qui ante in innupti erant numere audeant*..

Tout ceci avait été ainsi ordonné, comme nous l'avons déjà dit, pour empêcher la clandestinité des mariages : c'est ce que nous apprend le Capitulaire 179 du livre septième.

Le concile de Trosli, tenu l'an 909, sous Charles le Simple, *can.* 7 dit *: Decernimus et nos secundum constitutionem antiquam ut nullus occultas nuptias, etc...sed dotatam et a parentibus traditam*, per *benedictionem sacerdotum accipiat, qui vult uxorem, sicut in libro supradicto, cap.* 179 *monetur his verbis : sancitum etc.*

Le concile rapporte tout de suite les propres termes de ce Capitulaire, que nous avons ci-dessus rapportés.

(349)...Le décret du concile de Trente ne pouvant pas remédier aux abus des marriages clandestins en France, où ce Concile n'était pas réçu, et où ses décrêts ne pouvaient par conséquent avoir aucune autorité, le roi Henri III jugea à propos d'y remédier lui-même, ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet, qu'en avait le Concile. comme nous l'avons établi dans la première partie de ce Traité. C'est ce qu'il fit par son Ordonnance, rendue aux Etats de Blois, art. 40, où il est dit : "Avons ordonné que nos sujets ne pourront "valablement contracter mariage sans proclamations pré-"cedentes; ...... apres lesquels bans, seront epousés publi-

" quement ; et pour témoigner de la forme, y assisteront qua-" tre témoins dignes de foi, dont sera fait registre, &c., " Et par l'article 44, il est défendu à tous notaires, sous peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent.

Par l'édit d'Henri IV du mois de décembre 1606, le Roi veut que les causes concernant les mariages, appartiennent à la connaissance des Juges d'Eglise, à la charge qu'ils seront tenus de garder les Ordonnances, même celle de Blois en l'art. 40 ; et suivant icelle déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'Eglise, et avec la forme et solemnité requises par le dit article, nuls et non-valablement contractés, comme peine indicte par les conciles. (Voyez les conciles de Tours, tit. 9 de *matrimonio* ; de Reims, d. tit. art. 2 ; de Bordeaux, d. tit. Ces trois conciles ont été tenus en 1583.)

La déclaration du Roi Louis XIII de 1634, article premier ordonne que l'article 40 de l'Ordonnance de Blois soit exactement gardé ; et en l'interprétant... qu'à la célébration d'icelui assisteront quatre témoins avec le curé, qui recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise. Fait défenses à tous prêtres de célébrer aucuns mariages qu'entre leurs paroissiens, sans la permission du curé ou de l'Evêque.

L'édit de 1697 confirme les Ordonnances concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre Curé. " Voulons (y est-il " dit) que les Ordonnances des Rois nos prédécesseurs, con-" cernant la célébration des mariages, et notamment celles " qui regardent la *nécessité* de la présence du propre Curé de " ceux qui contractent, soient exactement observées. "

(354) Il faut pour la validité du mariage, non-seulement qu'il ait été célébré en face d'Eglise, mais encore que le prêtre qui l'a célébré ait été compétent.

(355) *Cité sous l'art.* 79, *p.* 491.

(256.) *Cité sous l'art.* 93, *p.* 456.

(357.) Lorsque les parties contractantes sont mineures, leur curé, qui doit célébrer leur mariage, est celui du lieu de la demeure de leurs père et mère, tuteur ou curateur, quand même elles auraient ailleurs un domicile de fait; sauf qu'en ce cas leurs bans doivent aussi être publiés en la paroisse du lieu de ce domicile de fait. C'est la disposition de l'Edit du mois de mars 1697, où il est dit : " Déclarons que le domicile " des fils et filles de familles mineurs de 25 ans, pour la célé-" bration de leur mariage, est celui de leur père, mère, ou " de leur tuteur ou curateur, après la mort de leurs dits père " et mère ; et en cas qu'ils aient un autre domicile de fait, " ordonnons que les bans seront publiés dans les paroisses où " ils demeurent, et dans celles de leurs pères, mères, tuteurs " et curateurs. "

(358) L'Evêque des parties n'est pas moins compétent que leur Curé pour la célébration de leur mariage, puisqu'il est leur premier pasteur.

(359.) Enfin, un prêtre qui a permission de l'Evêque ou du Curé des parties pour célébrer leur marriage, est très compétent pour le célébrer; le mariage étant célébré par la permission du Curé ou de l'Evêque, c'est comme si l'Evêque ou le Curé l'eussent eux-mêmes célébré.

Le vicaire d'une paroisse est censé, par sa qualité de vicaire avoir la permission du Curé pour célébrer les mariages de la paroisse ; le Curé est censé la lui avoir donnée, en le recevant pour son vicaire ; et il n'est pas nécessaire qu'il la renouvelle pour chaque marriage.

Il en est de même d'un prêtre habitué, qu'un Curé a préposé pour la célébration des mariages dans la paroisse : il est évident qu'en lui donnant cette commission, il lui a donné la permission de les célébrer, tant que sa commission n'est pas révoquée.

(360.) Tout autre prêtre qui n'a pas la permission ni de l'E-

vêque, ni du Curé des parties, est incompétent pour le célébrer.

C'est ce qui résulte de la Déclaration de 1639, qui, après avoir ordonné que ce sera le Curé qui recevra le consentement des parties, ajoute : " Defenses à tous prêtres de ma-" rier autres personnes qne leurs vrais paroissiens, sans la per-" mission par écrit des Curés des parties, ou de l'Evêque. "

Cette permission par écrit n'est pas néanmoins nécessaire, lorsque c'est le vicaire, ou le prêtre préposé à la célébration des mariages, qui l'ont célébré : pareillement, quoique le mariage ait été célébré par un prêtre étranger, s'il l'a été en présence du Curé, cette présence dont il est fait mention dans l'acte de célébration sur le Registre du Curé, équipolle à une permission par écrit du Curé.

---

* 1 *Russell on crimes, p.* 192 *et suiv.* } The 4 Geo. 4, c. 71, reciting that it is expedient to amend the laws respecting marriages in England, enacts, that, after the 1st. day of november, 1823 so much of the 26 Geo. 2, c. 33, as was in force immediately before the passing of this Act, and also the 4 Geo. 4, c. 17, shall be repealed, save and except as to any acts, matters or things, done under the provisions of either of the said Acts before the said first day of november, as to which the said Acts are respectively to be of the same force and effect, as if this Act had not been made. 4 *Geo.* 4, *c.* 76, *sec.* 3. " The Bishop of the diocese, with the consent of the patron and the incumbent of the church of the parish in which any public chapel, having a chapelry thereunto annexed, may be situated, or of any chapel situated in an extra-parochial place, signified to him under their hands and seals respectively, may authorise, by writing under his hand and seal, the publication of bans and the solemnization of marriages in such chapel for persons residing within such chapelry or extra-parochial place respectively ; and such con-

sent, together with such written authority, shall be registered in the registry of the diocese."

Sec. 4 — "In every chapel in respect of which such authority shall be given as aforesaid, there shall be placed in some conspicuous part of the interior of such chapel a notice in the words following: "Bans may be published, and marriages solemnized in this chapel."

Sec. 5.—"All provisions now in force, or which may hereafter be established by law, relative to providing and keeping marriage registers in any parish churches, shall extend and be construed to extend to any chapel in which the publication of bans and solemnization of marriages shall be so authorized as aforesaid, in the same manner as if the same were a parish church; and every thing required by law to be done relative thereto by the church wardens of any parish church, shall be done by the chapel warden or other officer exercising analogous duties in such chapel."

---

* 35 Geo. 3, ch. 4, s. 1. } Voyez S. R. B. C., cité sous les arts. 42 et suiv.

S. R. B. C., ch. 20, ss. 16, 17. } Cité sous l'art. 42, p. 400.

---

130. Les publications ordonnées par les articles, 57 et 58, sont faites par le prêtre, ministre ou autre fonctionnaire, dans l'église à laquelle appartiennent les parties, au service divin du matin, ou, s'il n'y en a pas le matin, à celui du soir, à trois di-

130. The publications of bans, required by articles 57 and 58, are made by the priest, minister, or other officer in the church to which the parties belong, at morning service, or if there be no morning service, at evening service, on three Sundays or holi-

[ARTICLE 130.]

manches ou jours de fête, avec intervalles convenables. Si les parties appartiennent à différentes églises, ces publications ont lieu dans celle de chacune.

days with reasonable intervals. If the parties belong to different churches, these publications take place in each of such churches.

---

* *Pothier, mariage*, 72-3 4-5, 336. } Nos. 72-3 4-5. Cité *supra*, sous l'art. 57, pp. 438 et suiv.

[356.1 Cité *suprà* sous l'art. 63, 456.

---

* *Ordonnance de Blois*, art. 40. } Cité *suprà*, sous l'art. 58, p. 448.

---

* *Merlin, Rep., vbo. Mariage*, sect. 4. } Les formalités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage sont au nombre de quatre. Ce sont 1o, la publication des bans ; 2o. la célébration en face de l'Eglise ; 3o. la présence du propre curé des parties ; 4o. celle de quatre témoins.

(Consultez les autorités sous les arts. 57 et suiv. C. C. B C)

---

* *Wharton* L, L., *vo. Ban.* } *Ban or Bans*, a proclamation public notice, any public summons or edict, whereby a thing is commanded or forbidden. It is most especially used in the publications of intended marriages, which must be done on three several sundays, immediately after the second lesson, previous to the marriage, to the end that if any can shew just cause against such marriage, they may have opportunity to make their objections. But the spiritual Judge, by a license, may dispense with the formality of publication. If any persons be married without either publica ion of bans or license, the mar-

riage will be void, and the officiating ministre transported (26 Geo. II, c. 33.)

---

* 1 *Russell, on crimes,* 190 *et suiv.* } The former marriage act 26 Geo. 2 c. 33, required all marriages to be by banns or license : and declared that all marriages solemnized in any other place than a church or public chapel (unless by special license), or solemnized without publication of banns or license, should be null and void to all intents and purposes and it contained also special provisions as to the publication of *banns.*

---

* *Geo. IV, c.* 76, *ss* 6 *et* 7, *Statut Impérial* } [6.].........And the banns shall be published from the said Register Book or Banns by the officiating minister, and not from loose papers, and after publication shall be signed by the officiating minister, or by some person under his direction.

[7.] Provided always, and it is hereby further enacted, that no person vicar, minister, or curate, shall be obliged to publish the banns of matrimony between any persons whatsoever, unless the persons to be married shall, seven days at the least before the time required for the first publication at such Banns respectively, deliver or cause to be delivered to such Parson, Vicar, Minister, or Curate, a notice in writing dated on the day on which the same shall be so delivered, of their true christian names and surnames, and of the house or houses of their respective abodes within such parish or chapelry as aforesaid ; and of the time during which they have dwelt, inhabited or lodged in such house or houses respectively.

---

* 1 *Russell, p.* 193. } *C'est le texte même des ss.* 6 7, *de l'acte* 4, *Geo.* 4, *c.* 76.

[ARTICLE 130.]

* *Pothier, Mariage No.* 72. } Cité *suprà* sous l'art 57, p. 438.

---

* 2 *Pand franc., p.* 321. } Cité *suprà* sous l'art. 58, p. 449.

---

* *Geo.* 4 *c.* 76 *s.* 2. } II.—And be it further enacted, that from and......all banns of matrimony shall be published in an audible manner in the parish church, or in some public chapel, in which chapel banns of matrimony may now or may hereafter be lawfully published of or belonging to such parish or chapelry wherein the persons to be married shall dwell, according to the form of words prescribed by the Rubrick prefixed to the office of matrimony in the book of common prayer, upon three Sundays preceding the solemnisation of marriage, during the time of morning service, or of evening service, if then shall be no morning service in such church or chapel upon the Sunday upon which such banns shall be so publised), immediately after the second lesson; and whensoever it shall happen that the persons to be married shall dwell in divers parishes or chapalries, the banns shall in like manner be published in the church, or in any such chapel as aforesaid belonging to such parish or chapelry wherein each of the said persons shall dwell; and that all other the rules prescribed by the said Rubrick concerning the publication of banns, and the solemnisation of matrimony, and not hereby altered, shall be duly observed; and that in all cases where banns shall have been published, the marriage shall be solemnized in one of the parish churches or chapels where such banns shall have been published, and in no other place whatsoever.

---

* *Pothier, Mariage, Nos.* 74-5-7. } Cités *suprà* sous l'art. 57, pp. 439 et suivantes.

---

* 2 *Pand franc.*, 322– *et suiv.* } Suivant l'Ordonnance de Blois ils devaient l'être par trois jours de fête avec intervalle compètent.

C'était en effet, les jours de fête, que les citoyens se rassemblaient, en plus grand nombre, à l'église. Quant à l'intervalle compètent, qui devait être observé entre chaque publication, la jurisprudence avait établi qu'un jour était suffisant.

[323.] A l'égard de l'intervalle qui doit se trouver entre chaque publication, le Code Civil, comme la loi du 25 Septembre 1292, le fixe à huit jours. Ce délai beaucoup plus long que celui qui était observé autrefois; mais aussi, elle ne demande que deux publications, au lieu que l'ancien règlement en exigeait trois.

---

131 Si le domicile actuel des futnrs époux n'est pas établi par une résidence de six mois au moins, les publications doivent se faire en outre au dernier domicile qu'ils ont eu dans le Bas-Canada.

131. If the actual domicile of the parties to be married has not been established by a residence of six months at least, the publications must also be made at the place of their last domicile in Lower Canada.

---

* *Guyot Rep.*, *Vo Bans*, *p.* 175. } On acquiert dans une paroisse, un domicile suffisant pour s'y marier, et par conséquent pour y faire publier ses bans de mariage, lorsqu'on y a demeuré publiquement, pendant six mois, pour ceux qui demeuraient dans une autre paroisse du même diocèse, et quant on y a eu publiquement son domicile pendant un an pour ceux qui demeuraient auparavant dans un autre diocèse. A l'égard des enfants mineurs de 25 ans, leur domicile de droit est celui de leurs pères ou de leurs mères et

de leurs tuteurs ou curateurs, au cas que leurs pères et leurs mères soient morts : il y faut faire la publication de leurs Bans ; et s'ils ont un autre domicile de fait, il faut que les Bans soient publiés dans la paroisse où ils demeurent, et dans celle de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs. Cela est ainsi prescrit par l'édit du mois de Mars, 1697.

---

132. [Si le dernier domicile est hors du Bas-Canada et que les publications n'y aient pas été faites, le fonctionnaire qui, dans ce cas, procède à la célébration du mariage, est tenu de s'assurer qu'il n'existe entre les parties aucuns empêchements légaux.]

133. Si les parties, ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications sont encore faites au lieu du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

132. [If their last domicile be out of Lower Canada, and the publications have not been made there the officer who, in that case, solemnizes the marriage, is bound to ascertain that there is no legal impediment between the parties.)

133. If the parties or either of them be, in so far as regards mariage, under the authority of others, the banns must be also published at the place of domicile of those under whose power such parties are.

---

* *Pothier, mariage, Nos.* 72, 357. } (72.) Cité *suprà* sous l'art. 57, p. 438.

357.)—Cité *suprà* sous l'art. 129, p. 24

---

* *C. N.*, 168. } Si les parties coutractantes, ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

134. Il est loisible aux autorités en possession jusqu'à présent du droit d'accorder des licenses ou dispenses pour mariage, d'exempter des dites publications.

134. The autorities who have hitherto held the right to grant licenses or dispensations for mariage, may exempt from such publications.

---

* *Pothier, mariage, Nos.* 77. 78. } Cités *suprà* sous l'article 57, p. 441.

---

* *Ord. de Blois, art.* 40 } Cités *suprà* sous l'art.58, p. 448.

---

* 2 *Pand franc., p.* 324. } (No. 68). le Roi dit Pothier, (mariage No. 77) en faisant par l'Ordonnance de Blois, une loi de ce qui n'était auparavant, qu'un article de discipline ecclésiastique, a bien voulu laisser aux évêques, où à leurs vicaires-généraux, le pouvoïr d'en accorder des dispenses.

---

* 4 *George* 4 *c.* 76 } Sec. XX. Provided always, and be it further enacted. That nothing hereinbefore contained shall be constructed to extend to deprive the archbishop of Canterbury and his successors, and his and their proper officers, of the right which hath hitherto, been used, in virtue of a certain statute made in the 25th year oi the reign of the late King Henry the 8th, intituled " An act concerning Peter Pence and Dispensations, " of granting special licenses to marry at any convenient time or place.

Et aussi dans les sections XXI, XXII, PXVIII.

* *C. N.*, 169. } Il est loisible au Roi et aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication.

[ARTICLE 135.]

135. Le mariage célébré hors du Bas-Canada entre deux personnes sujettes à ses lois, ou dont l'une seulement y est soumise, est valable, s'il est célébré dans les formes usitées au lieu de la célébration, pourvu que les parties n'y soient pas allées dans le dessein de faire fraude à la loi.

135. A marriage solemnised out of Lower Canada between two persons, either or both of whom are subject to its laws, is valid, if solemnized according to the formalities of the place where it is performed, provided, that the parties did not go there with the intention of evading the law.

---

* 2 *Merlin. Rep.*, *Vo.* *Bans*, *No. II*, *p.* 437. } Il paraîtrait cependant que l'on dût excepter de cette règle les mariages que des Français contractent en pays étranger. Ces mariages, suivant l'art. 170, ne sont valables que moyennant le concours de deux conditions : la première, qu'ils aient été précédés, en France. et dans le domicile des époux, des publications prescrites par l'art. 63 ; la seconde, que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues dans le chapitre précédent, c'est-à-dire, non seulement qu'il ne soit dans aucun des cas d'empêchement déterminés par les arts. 148, 149, 161, 162 et 163, mais encore qu'il ait fait, s'il est majeur de 21 ou de 25 ans, selon son sexe, notifier à son père et à sa mère, ou aux ascendants ultérieurs qui les remplacent, l'acte ou les actes respectueux que prescrivent les arts. 151 et suivants quoi que d'ailleurs et en thèse générale, le défaut de cettte notification préalable n'emporte pas la nullité du mariage et ne fasse, aux termes de l'art. 157, qu'exposer l'officier de l'état civil à des peines correctionnelles.

Mais comment supposer que le législateur ait converti impérativement en moyen de nullité à l'égard du mariage contracté en pays étranger, des contraventions qui par rapport

à un mraiage célébré en France, pourraient ne donner lieu qu'à des amendes ou des peines d'emprisonnement ?

Si telle a été son intention, point de doute qu'on ne doive s'y soumettre. Mais est-ce là véritablement ce qu'il a voulu ?

L'affirmative est embrassée par M. Delvincourt. M. Touillier soutient au contraire, livr. I, tit. 5, No. 578, que, " comme " les publications (et l'on doit en dire autant des actes res- " pectueux) ne sont pas requises sous peine de nullité pour " les mariages contractés en France, leur omission ne sau- " rait entraîner la nullité d'un mariage contracté en pays " étranger. Il paraît (ajoute--il) que cet article n'attache " point à l'omission des publications dans ce cas, plus de " force que dans les cas ordinaires, c'est-à-dire, dans les cas " de mariages faits en France."

Et c'est dans ce sens que la question a été jugée par l'arrêt de la Cour Royale de Paris, du 8 juillet 1820... Dans cette espèce le Sieur Delnaye, outre le moyen de nullité qu'il tirait contre le mariage contracté par son frère devant un Curé du Royaume de Naples, de ce qu'étant militaire, celui-ci n'avait pu se marier que devant le quartier-maître de son corps, en employait un second qu'il puisait dans le défaut des publications prescrites par l'art. 170, mais ce moyen a été rejeté comme le premier.

---

* 1 *Toullier*, *No.* 517 } Mais ce n'est qu'au Français que l'art. 170 impose l'obligation de ne point contrevenir aux conditions requises par le code pour contracter mariage, et non à l'étranger qui contracterait avec un Français. Si donc le mariage se faisait dans un pays où les filles peuvent se marier à douze ans, le Français pourrait épouser valablement une fille qui n'aurait que cet âge.

[ARTICLE 135.]

* 1 *Vazeille, mariage, p.* 213 *et suiv.* } En remontant à l'esprit de la loi que la raison indique, autant que les discussions du conseil d'Etat, et que l'art. 192, détermine positivement, on doit se rendre à l'avis de M. Toullier. La loi marque les causes de nullité dans son chapitre IV; et parmi ces causes, l'on ne trouve, pour aucun cas, le défaut de publications, tandis qu'il est établi d'une manière générale, que ce défaut ne donne lieu qu'à une peine pécuniaire.

Il est bien vrai que, dans le cas du mariage célébré hors du royaume, la peine pécuniaire ne peut pas atteindre le ministre de la célébration; mais il en est de même à l'égard de l'officier public français, lorsqu'il est insolvable; et cette circonstance n'amène pas la nullité.

---

* *Rolland de Villargues, Vo. mariage,* § 3. *No.* 22. } Le mariage contracté en pays étranger entre Belges ou entre Belges et étrangers, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, C.. et que le Belge n'ait point contrevenu aux règles tracées...

---

* *Fafard, Vo. mariage,* *s.* 3, § 2, *p.* 473. } Les expressions dont se sont servis les rédacteurs du code civil sont remarquables : *les formes usitées dans le pays.* Il en résulte que l'on doit observer, non pas seulement les formes déterminées par les lois, mais même celles qui ne le sont que par l'usage.

Cette première condition de l'inobservation des formes locales ne peut être enfreinte, et le mariage où elle aurait été méconnue serait frappé de nullité.

---

* *Pothier, mariage,* 327, 363. } [327.] Quand même le mineur français aurait contracté son mariage sans le consentement de son père ou de sa mère hors le royaume, et dans un lieux dont les lois ne regardent pas

ces mariages comme nuls, il ne laisseraient pas d'être déclaré nul et abusif, comme nous l'avons vu *suprà* No. 229.

[363.]—Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la nullité du mariage célébré hors de la présence et sans le consentement du curé des parties, a lieu, quand même le mariage aurait été célébré en pays étranger par des Français, lorsqu'il paraît que c'est en fraude de la loi qu'ils y sont allés. En vain diraient-ils que la forme des contrats se règle par les lois du lieu où ils se passent ; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étrangers, ils n'ont pas été obligés d'observer les lois en France, pour la forme de leur mariage. La réponse est, que la célébration du mariage en face d'église par le propre curé, n'est pas une pure forme d'acte ; c'est une obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes, ne peuvent se soustraire, en allant en fraude se marier dans un pays étranger.

Il en serait autrement d'un mariage qu'un Français, qui se trouverait avoir, sans fraude, sa résidence dans un pays étranger, où il n'y a pas d'exercice de la religion catholique, aurait contracté avec une femme catholique, et qui aurait été célébré dans la chapelle d'un ambassadeur catholique par l'aumonier : ce mariage serait valable, n'y ayant pas en ce cas de fraude, et le mariage n'ayant pu être célébré autrement.

---

* 1 *Bouhier*, *c.* 28, § 59 *et suiv. p.* 773. } Les formalités de la célébration du mariage peuvent encore fournir matière à divers doutes. Je sais bien qu'on tient communément qu'il faut à cet égard suivre l'usage des lieux où le mariage est célébré. C'est non seulement l'avis des Canonistes, mais aussi celui de nos jurisconsultes.

Mais cela s'étend-il aux précautions qui ont été sagement prises par les Ordonnances de nos Rois pour empêcher le mariage des enfants de famille, sans l'aveu de leurs pères et mères, ou des mineurs sans le consentement de leurs

tuteurs ou curateurs? Il semble qu'il y ait un grand inconvénient à en dispenser des jeunes gens qui, pour éluder les Ordonnances, iraient se marier chez les étrangers, soit avec une étrangère, soit même avec une Française.

Pour en dire mon sentiment, je crois qu'il serait trop dangereux d'autoriser un Français et une Française, qui, ayant envie de se marier ensemble, et craignant quelqu'obstacle de la part de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs, iraient, de concert, contracter mariage dans un pays où nos Ordonnances, à cet égard, ne sont pas suivies ; car c'est une règle du droit canonique même, que ce qui est défendu par une voie, ne doit point être admis par une autre : *Quum quid unâ viâ prohibetur alicui ad id alia non debet admitti.* Leur mauvaise foi fait qu'ils ne méritent aucune indulgence.

On en peut dire autant d'un fils de famille français qui, trouvant une française dans les pays étrangers, l'épouserait à l'insu de ses père et mère. Ce fut vraisemblablement le motif de l'arrêt du Parlement de Paris, du 19 Février 1664, qui cassa le mariage d'un jeune homme, quoiqu'âgé de vingt-sept ou vingt-huit ans, avec une Française qu'il avait trouvée à Bésançon ; car l'un et l'autre étaient soumis aux Ordonnances de France, en devaient en savoir la teneur :

Mais la difficulté peut être plus grande dans le cas où un Français étant allé dans un pays étranger, sans aucun dessein de se marier, y trouve une fille ou femme veuve, à son gré, la recherche en mariage et l'épouse ; car, si ce mariage est célébré dans les formes usitées aux pays de cette femme, elle est censée dans la bonne foi, n'étant pas obligée d'être instruite des lois de France. Or, la bonne foi de l'un des contractants est extrêmement considérée, comme on sait, en fait de mariage.

Je vois, en effet, que toutes les fois que de pareilles questions se sont présentées dans les parlements, les mariages de cette espèce y ont toujours été confirmés.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

136. Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.

CHAPTER THIRD.

OF OPPOSITIONS TO MARRIAGE.

136. The solemnizing of a marriage may be opposed by any person already married to one of the parties intending to contract.

* *Pothier, mariage, No* 81 } Cité, *suprà*, sous l'art. 57, *p.* 443

* 3 *Pand, franc., p.* 241. } (*No.* 103.) Il est évident que l'existence d'un mariage, est l'empêchement le plus fort, d'un autre mariage, que voudrait contracter l'une des personnes engagées dans le premier. C'est avec raison, en conséquence, que la loi met à la tête de ceux qui ont droit de former opposition, la personne engagée par mariage, avec l'une de deux parties contractantes.

Elle doit rapporter la preuve du mariage, sur l'existence duquel elle fonde son opposition ; et si ce mariage est argué de nullité, il faut prononcer sur cette question, avant de passer outre au second mariage.

* *C. N.*, 172. } Le droit de former opposition à la célébration du mariage, appartient à la personne engagée par mariage, avec l'une des deux parties contrac tantes.

137. Le père, et à défaut du père, la mère, peut former opposition au mariage de son enfant mineur

137. The marriage of a minor may be opposed by his father or, in default of the latter, by his mother.

[ARTICLE 137.]

* *Pothier. mariage*, *No.* 81. } Cité *suprà*, sous l'art. 57 p. 443

---

* *Merlin*, *Rep.*, *Vbo. opposition à un mariage art.* 5, §. 4. } *C. N.*, *art.* 173—" Le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition, au mariage de leurs enfants et descendants encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis. "

Quatre choses à remarquer dans cet article.

1o. Il ne limite point au cas où il s'agit du mariage d'un enfant mineur, le droit qu'ont les ascendants de cet enfant mineur, d'y former opposition : il étend ce droit jusqu'au cas où l'enfant qui veut se marier malgré ses ascendants, a atteint sa pleine majorité. En effet disait encore l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs, " pourrait-on raisonnablement refuser aux pères et aux mères, aux aïeuls et aux aïeules, le droit de veiller sur l'intérêt de leurs enfants même majeurs, lorsque la crainte de les voir se précipiter dans des engagements honteux ou inconsidérés, donne l'éveil à leur sollicitude " ?

2o. Cet article ne limite pas davantage les causes pour lesquelles peuvent être formées les oppositions des ascendants ; et c'est parce qu'il ne les limite pas, que l'on verra bientôt l'art. 176 dispenser les ascendants de motiver leurs oppositions. " Souvent (disait à ce sujet l'orateur du gouvernement dans le discours déjà cité,) on n'a aucune raison décisive pour empêcher un mauvais mariage. Mais un père ne peut point renoncer à l'espoir de ramener son enfant par des conseils salutaires ! il se rend opposant, parce qu'il sait que le temps est une grande ressource contre les déterminations qui peuvent tenir à la promptitude de l'esprit, à la vivacité du caractère ou à la fougue des passions."

Mais le père ne peut pas profiter de la dispense que la loi lui accorde de ne pas motiver son opposition dans l'acte

même qui la contient. Qu'arrivera-t-il donc si, renonçant à la faculté que la loi lui accorde, il motive son opposition sur la démence de l'enfant qui veut se marier malgré lui ? Le juge aura-t-il alors, pour prononcer sur le mérite de l'opposition toute la latitude de pouvoir dont on verra dans un instant qu'il est investi, lorsque ce sont des parents collatéraux qui, se rendent opposants pour la même cause ?

Cette question sera mieux comprise d'après les détails dans lesquels j'entrerai sur l'art. 174; j'y reviendrai, lorsque j'en serai à cet article.

3o. Ce n'est pas concurremment que cet article défère à tous les ascendants le droit de s'opposer au mariage de leurs enfants ; il ne leur défère que graduellement. Le père y est appelé en première ligne; et ce n'est qu'à son défaut que la mère peut l'exercer comme ce n'est qu'au défaut du père, de la mère, c'est-à-dire, lorsque ni l'une ni l'autre n'existent plus, ou sont hors d'état de manifester ou de refuser leur consentement, que ce droit est dévolu à l'aïeul et à l'aïeule.

---

* *Touiller, p.* 489. } ...Nous avons vus que le mariage de mineurs est nul, s'ils n'ont pas obtenu le consentement de leurs ascendants, et que ceux-ci ne sont pas tenus de rendre compte des motifs de leurs refus.

Les ascendants ont de plus le droit de former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même après la majorité de ceux-ci, et quelque âge qu'ils puissent avoir atteint.

Le droit des ascendants à cet égard est même illimité ; il n'est point restreint à certaines causes particulières. Leur opposition doit toujours être admise, quant même leurs motifs n'y seraient pas énoncés, sauf aux futurs époux à déférer cette opposition aux tribunaux, qui ont le droit de la rejeter s'ils ne la trouvent pas bien fondée, sans néanmoins pouvoir prononcer de dommages et intérêts contre les ascendants.

Mais ce droit d'opposition n'est donné aux ascendants que graduellement, et à défaut les uns des autres : le père seul peut l'exercer ; et, à son défaut, c'est-à-dire s'il est dans l'impossibilité physique ou morale d'agir, la mère seule ; à défaut du père et de la mère, les aïeuls, et à défaut d'aïeuls, les aïeules.

---

* *C. N.*, 173. } Cité *suprà* par Merlin, p. 39.

---

138. A défaut de père et de mère, le tuteur ou, au cas d'émancipation, le curateur peut aussi faire opposition au mariage de son pupille, mais le tribunal auquel elle est soumise ne peut statuer sur cette opposition qu'après avoir pris l'avis du conseil de famille, dont il doit ordonner la convocation.	138. In default of both father ond mother, the tutor or, in cases of emancipation, the curator may also oppose the marriage of such minor; but the court to which such opposition is submitted, cannot deside on its merits without the advice of a family council, which it must order to be called.

---

* *Pothier, mariage, No.* 81. } Cité *suprà* sous l'art. 57, p. 443.

---

* *Merlin, Rép., Vbo. oppositioa à un mariage, sur art.* 172, *C. N., art.* 5, §. 4. } Rappelons ce qu'a dit M. Portalis, dans l'*Exposé des motifs* du titre du Code Civil dont il fait partie ?

" Il est plus expédient de prévenir le mal qu'il n'est facile de le réparer. A quoi serviraient les conditions et les formalités relatives à la célébration du mariage, si personne n'avait action pour empêcher qu'elles ne soient éludées ou enfreintes ?

" Le droit de pouvoir s'opposer à un mariage, a donc été reconnu utile et même indispensable. Mais ce droit ne doit pas dégénérer en action populaire; et il doit être limité à certaines personnes et à certains cas, à moins qu'on ne veuille que chaque mariage ne devienne une occasion de scandale et de trouble dans la société.

" Il est juste, par exemple, que l'on puisse s'opposer à un second mariage d'un mari ou d'une femme qui ne respecte pas un premier engagement. Il est juste que celui ou celle qui a été partie dans ce premier engagement, puisse défendre son titre, et réclamer l'exécution de la foi promise. "

---

* 1 *Touiller*, *p.* 491. } .... Lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, ou lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, le tuteur ou le curateur peut, pendant la durée de la tutelle ou de la curatelle, former opposition au mariage du mineur, pourvu qu'il y soit autorisé par un conseil de famille qu'il peut convoquer.

---

* 3 *Pand. franc.*, *sur art.* 175, *C. N.*, *p.* 243. } (No. 107.)—Cette disposition est absolument neuve, elle est exhorbitante du Droit commun. Elle est contraire à tout ce qui s'est pratiqué jusqu'à présent. Elle n'existait point dans le projet du Code Civil. Il n'en a point été question, dans les premières discussions qui ont eu lieu au conseil; et l'on ne trouve nulle part, les raisons qui l'ont fait admettre, les orateurs n'en parlent pas dans leurs discours.

Cependant, cette disposition doit porter sur un motif très grave, que nous avouons ne point apercevoir. Elle nous paraît avoir dû éprouver d'autant plus de contradictions, qu'elle est plus extraordinaire et plus étonnante. Comment et pourquoi le tuteur, qui a l'administration de la personne du mineur, dont le devoir est de veiller à ses intérêts, de le

garantir de tous les pièges qu'on peut tendre à la jeunesse, à son inexpérience, qui voit mieux que tout autre ce qui se passe, qui est plus à portée que personne, de juger de ce qui peut être avantageux ou nuisible au mineur ; comment et pourquoi, peut-il être privé du droit de former opposition à son mariage, lorsqu'il lui parait inconsidéré et inconvenant ?

Nous avouons encore une fois, que nous avons vainement cherché à découvrir quelle pouvait être la base de cette règle, qui ne se trouve dans aucun code, ni ancien ni moderne.

Quoiqu'il en soit, la loi parle, et nous devons obéir. Elle ne nous doit pas compte de ses motifs.

Quid si le tuteur est averti du mariage, trop tard pour qu'il puisse convoquer la famille, et obtenir une autorisation avant la célébration ?

Dans ce cas, il doit faire former l'opposition par un des parents qui en ont le droit ; que s'il ne le pouvait pas, à raison de leur éloignement, il faudrait bien qu'il formât lui-même cette opposition, qu'il ferait ensuite approuver et ratifier par le conseil de famille. Que faudrait-il décider encore, si le mineur n'avait aucun parent ? alors, le tuteur devrait assembler ceux qui auraient concouru à sa nomination, et, dans le cas de la question précédente, faire approuver par eux l'opposition qu'il aurait formés. Observez que, dans tous ces hypothèses, le tribunal est toujours juge des causes de l'opposition, et qu'il peut en faire main-levée, s'il ne les trouve pas déterminantes.

---

* *Favard*, *Rép.*, *Vbo. Mariage*, *sec.* 2, §. 1.

III. S'il n'y a ni père ni mère, ni aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, peuvent aussi former opposition, pourvu qu'ils aient atteint leur majorité ; mais ils ne le peuvent que dans deux cas : 1o. lorsque le consentement du conseil de famille requis par

l'art. 164, n'a pas été obtenu ; 2o. lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. Cette dernière opposition, dont le tribunal peut donner main-levée pure et simple, n'est jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans un délai fixé par le jugement qui la reçoit. (Art. 174.)

Les deux cas spécifiés dans cette article sont les seuls où il soit permis aux collatéraux de s'opposer à la célébration du mariage ; toute opposition formée par eux hors de ce cercle étroit doit être rejetée, sur quelque motif qu'elle repose.

---

* 1 *Delvincourt, page* 120 *des notes sur art.* 173, *C. N.* } *Au cousin ou à la cousine germains, majeurs.*—Et non pas aux neveux et nièces, quoique plus proches en degré que les cousins et cousines : cela eut été en quelque sorte, contraire à l'ordre de la nature, parce qu'à l'égard de leurs oncle et tante, *referunt speciem liberorum.*

Je ne vois pas pourquoi l'on a restreint à ces seuls parents le droit de former opposition. Il peut arriver souvent que l'un des futurs époux n'ait pas de parents au dégré de cousin germain ; et alors, pourquoi refuser aux autres parents le droit de s'opposer, puisqu'ils feraient partie du conseil de famille, et qu'en cette qualité ils auraient le droit de donner leur vœu pour la demande en nullité de mariage ? Ne vaut-il pas mieux leur donner celui de l'empêcher ? Il me semble qu'il eût été plus exact de dire que tout parent, qui, aux termes de l'article 407, aurait le droit de faire partie du conseil de famille, aurait également celui de former opposition au mariage. D'ailleurs, les deux motifs pour lesquels il est permis aux collatéraux de former opposition, sont assez importants, pour qu'il semble qu'on ne risquerait rien d'en admettre de plus éloignés, à défaut de plus proches.

Je ne vois pas non plus pourquoi l'on n'a pas permis aux collatéraux de former opposition dans d'autres cas d'une

plus grande conséquence même pour l'ordre public, tels que ceux d'inceste ou de bigamie, etc. Ce ne peut être que par ce que l'on a pensé que le futur mariage pouvait être alors dénoncé au ministère public, qui formerait opposition dans l'intérêt des mœurs: car, quoique ce droit ne lui soit pas expressément accordé, dès qu'on lui donne celui de demander la nullité du mariage dans certains cas, à plus forte raison doit-il avoir celui de l'empêcher dans les mêmes cas : néanmoins je pense qu'il eût été utile d'accorder alors à la famille, le droit de former opposition.

---

* *C. N.*, 175. } Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille, qu'il pourra convoquer.

---

139. S'il n'y a ni père, ni mère, ni tuteur, ni curateur, ou si le tuteur ou curateur a donné son consentement au mariage sans prendre l'avis du conseil de famille, les aïeuls et aïeules, l'oncle et la tante, le cousin et la causine germains, majeurs, peuvent former opposition au mariage de leur parent mineur, mais seulement dans les deux cas suivants :

1. Lorsque le conseil de famille qui, d'après l'art.

139. If there be neither father nor mother, tutor nor curator, or if the tutor or curator have consented to the marriage without taking the advice of a family council, the grandfathers and grandmothers, the uncles and aunts, and the cousins-german, who are of full age, may oppose the marriage of their minor relative ; but only in the two following cases :

1. When a family council, which, according to

122. aurait dû être conseillé, ne l'a pas été.	article 122, should have been consulted, has not been so;
2. Lorsque le futur époux est dans un état de démence.	2. When the party to be married is insane.

Voyez: Autorités sous l'art. précédent.

---

* 1 *Toullier*, *p.* 490. } Mais l'opposition du frère et de la sœur et des autres collatéraux désignés dans l'art. 174 (*C. N.*), ne peut être reçue que dans deux cas seulement. (Voir *infrà* : l'art. 174, *C. N.*, *p.* 47.)

---

* *Toullier*, *p.* 446. } (No. 1314.)—Il peut être encore nécessaire de provoquer l'interdiction du mineur dans les cas d'opposition à son mariage; car, suivant les art. 174 et 175, cette opposition ne peut être reçue lorsqu'elle est fondée sur l'état de démence, qu'à la charge de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé.

Ainsi, dans la règle générale, le mineur ne doit pas être interdit; mais il peut l'être en cas de nécessité.

(No. 1315.)—Tout parent, quoique éloigné, quoique non héritier présomptif de la personne en démence, peut provoquer son interdiction; car, si l'interdiction est établie principalement pour l'intérêt de l'interdit, on considère aussi l'intérêt de ses héritiers et de sa famille. Le code admet les parents qui ne sont pas héritiers présomptifs au moment de l'interdiction, parcequ'ils peuvent le devenir dans la suite.

Les enfants sont admis à provoquer l'interdiction de leurs père et mère, parceque cette action, ne devant être fondée que sur la nécessité, ne peut être considérée comme injurieuse...

(No. 1317.)—Le code ne permet point aux alliés de provoquer l'interdiction de la personne en démence; ainsi, ils ne peuvent

la provoquer que dans le nom de leurs femmes ou de leurs enfants.

---

* *Pothier, Mariage, No.* 81. } Cité *supr* sous l'art. 57, p. 443.

C. N., 174 } A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants :

1o. Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'art. 160, n'a pas été obtenu.

2o. Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux ; cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer main-levée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.

---

140. Lorsque l'opposition est faite dans les circonstances et par une des personnes énumérées en l'article précédent, si le futur époux mineur n'a ni tuteur, ni curateur, l'opposant est tenu de lui en faire nommer un ; s'il a déjà un tuteur ou curateur qui ait consenti au mariage sans consulter le conseil de famille, l'opposant doit lui faire nommer un tuteur *ad hoc* ; pour les tuteur, curateur, ou tu-

140. When opposition is made under the circumstances and by any of the persons mentioned in the preceding article, if the minor have neither tutor nor curator, the opposant is bound to cause one to be appointed ; if the minor have already a tutor or curator, who has consented to the marriage without consulting a family council, the opposant must cause a tutor *ad hoc* to be appointed ; in order that

teur *ad hoc*, représenter les intérêts du mineur sur cette opposition.

141. (Si le futur époux étant majeur, est dans l'état de démence, et non interdit, les personnes suivantes peuvent, dans l'ordre où elles sont mentionnées, faire opposition à son mariage :

1. Le père, et à son défaut, la mère;
2. A défaut de père et de la mère, les aïeuls et aïeules;
3. A défaut de ces derniers, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs;
4. A défaut de tous les sus-nommés, les parens et alliés du futur époux, qualifiés à assister à l'assemblée du conseil de famille, qui doit être consulté sur son interdiction.)

such tutor, curator, or tutor *ad hoc* may represent the interest of the minor in such opposition.

141. (If a person about to be married, being of the age of majority, be insane, and not interdicted, the following persons may oppose the marriage, in the following order :

1. The father, and in his default, the mother ;
2. In default of both father and mother, the grandfathers and grandmothers.
3. In default of the latter, the brothers or sisters, uncles or aunts, or cousins-german, of the age of majority ;
4. In default of all the above, those related or allied to such person who are qualified to take part in the meeting of a family council, which should be consulted as to the interdiction.)

---

3 *Pand. franc.*, pp. 246-7 } No. 105.)—La loi nomme les frères et sœurs, les oncles et tantes, les cousins et cousines germains. S'en suit-il, qu'à

défaut de parents dans ces degrés, ceux des degrés suivants ne puissent pas former opposition ?

Nous croyons qu'il faut distinguer, ou il y a des parens dans les degrés indiqués par la loi, ou il n'y en a pas. Dans le premier cas, il n'est pas douteux que ceux des degrés suivants n'ont pas le droit de former opposition. Les parens proches ne réclamant point, ceux des degrés plus éloignés ne peuvent pas se plaindre.

Mais tous ceux des degrés indiqués par la loi, peuvent former opposition, à défaut les uns des autres. Si les frères et sœurs, ou les oncles et tantes, ne le font pas, les cousins et cousines germains peuvent le faire.

Dans le second cas, c'est-à-dire, s'il n'y a point de parents, dans les degrés indiqués par la loi, nous estimons que ceux des degrés suivants peuvent former opposition. La raison qui nous détermine, est que la loi soumet indéfiniment le mineur qui n'a plus ni père ni mère, ni ascendant, à l'obligation d'obtenir le consentement de sa famille ; et qu'elle ne restreint point cette obligation au cas où le mineur a des frères ou sœurs, des oncles et tantes, des cousins ou des cousines germains. Quand ces parents n'existent pas, le mineur n'est pas moins obligé d'obtenir le consentement de sa famille ; et, par conséquent d'assembler les parents des degrés plus éloignés. Ceux-ci, dans ce cas, deviennent les plus proches, et sont les plus intéressés à l'état et à la conduite de leur cousin, ou petit cousin.

S'ils doivent être consultés, et il n'y a pas lieu d'en douter, d'après la loi, ils ont nécessairement le droit de former opposition, mais alors ils ne peuvent point exercer ce droit, concurremment. Ils ne le peuvent que de degré en degré. S'il y a des cousins issus de germains, qui ne se plaignent point, les cousins simples du degré suivant, ne pourront point élever la voix, et ainsi de suite.

[ARTICLE 142.]

142. Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, l'opposant est tenu de promouvoir son interdiction et d'y faire statuer sans délai.

142. When the opposition is founded on the insanity of the person about to be married, the opposant is bound to apply for the interdiction and to have it pronounced without delay.

---

* 3 *Pand. franc.*, p. 247. } (No. 106.) Quand le code dit, à cet égard, que l'opposition ne sera jamais reçue, qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, il n'autorise pas l'officier de l'état civil, à passer outre au mariage, nonobstant cette opposition, s'il ne lui apparaît de la demande à fin d'interdiction. La preuve en est que l'article porte que le tribunal pourra faire main-levée pure et simple de cette opposition ; ou qu'il prescrira un délai, dans lequel il faudra que l'opposant fasse statuer sur l'interdiction. Il faut donc toujours s'adresser au tribunal, pour avoir main-levée de l'opposition, dont l'officier de l'état civil n'est jamais juge.

Le sens de la loi est que celui qui forme opposition au mariage, pour cause de démence, et qui est assigné en main-levée, doit, sur le champ, administrer des faits de démence, pertinens et admissibles. Que s'il ne le fait pas ; ou si les faits allégués ne méritent aucune attention, le juge peut faire main-levée pure et simple ; que si les faits sont graves et capables de faire prononcer l'interdiction, le juge doit fixer un délai, dans lequel l'opposant devra y faire statuer.

---

* *Pothier, Mariage*, No. 81. } Cité *suprà* sous l'art. 57, p. 443.

[ARTICLE 142.]

* *Merlin, Rép., vbo. opposition à un mariage, No. IV, sous l'art.* 174. } " Le Code civil, tout en accordant aux parents collatéraux, dans les cas exprimés par l'art. 168, la faculté de former opposition pour cause de démence, a bien prévu qu'il ouvrirait une porte aux vexations, s'il n'imposait pas aux parents l'obligation de *provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui serait fixé par le jugement.* "

" Par le jugement? Il faut donc un jugement qui, non-seulement autorise la recherche des preuves de la démence, mais qui fixe aussi le délai dans lequel il sera statué. Sans cela les précautions de la loi sont illusoires.

" Que séparer la demande en interdiction de l'opposition formée au mariage par un parent pour cause de démence, ce serait rendre illusoire l'art. 168 du code civil, qui aurait inutilement limité au degré de cousin-germain la faculté de former une opposition motivée sur l'état de démence, puisque l'opposant qui ne serait pas parent au degré voulu, se replacerait dans le cas d'une interdiction provoquée hors des circonstances de mariage, et obtiendrait par une voie indirecte ce que la loi lui refuse directement. "

" Considérant,......que l'art. 168 du code civil ne charge pas seulement le parent qui a formé opposition, de provoquer l'interdiction, mais aussi d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement ;

" Que, de cette opposition, résulte évidemment la nécessité d'un jugement qui précède la procédure sur l'interdiction et qui l'autorise ;

" Qu'admettre la recherche des preuves de la démence, sans avoir reconnu si l'opposant a les qualités requises pour être reçu à former opposition, c'est ouvertement violer le même art. 168, et même courir les risques de permettre aux parents les plus éloignés ce que la loi n'accorde qu'aux ascendans, frères ou sœurs, oncles ou tantes, cousins ou cousines germains.

* *C. N.*, 174. { Cité *suprà* sous l'art. 139, p. 47.

143. (Quelle que soit la qualité de l'opposant, c'est à lui à adopter et suivre les formalités et procédures requises pour soumettre son opposition au tribunal et l'y faire décider sous les délais voulus, sans qu'il soit besoin de demande en main-levée ; à défaut de quoi l'opposition est regardée comme non-avenue et il est, nonobstant, passé outre à la célébration du mariage.)

143. (Whatever may be the quality of the opposant, it is his duty to adopt and follow up the formalities and proceedings necessary to have his opposition brought before the court and decided within the legal delays, a demand for its dismissal not being required ; in default of his so doing, the opposition is regarded as never having been made, and the marriage ceremony is proceeded with notwithstanding.)

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 254 } L'usage est de regarder la demande en main-levée d'opposition, comme une action principale, pour laquelle on doit épuiser la conciliation. Quoique ce ne soit pas notre avis, parce que nous regardons la demande en main-levée d'opposition, moins comme une action, que comme une exception, nous ne conseillerions pas d'assigner directement au tribunal, avant d'avoir cité en conciliation.

144. Au code de Procédure Civile se trouvent les règles quant à la forme, au contenu et à la signification des actes d'opposition,

144. The Code of Civil Procedure contains the rules as to the form, contents and notification of oppositions to marriage,as

ainsi que celles relatives à la péremption décrétée en l'article précédent et aux autres procédures requises.

well as those relative to the peremption mentioned in the preceding article, and to the other proceedings required.

* *C. P. C. arts* 990-1-2-3-4-5 et 996. } 990. (Toute opposition à un mariage doit être accompagnée d'un avis indiquant le jour et l'heure auxquels l'opposition sera présentée à la Cour Supérieure ou à un juge de cette Cour.)

991. (L'opposition et l'avis doivent être signifiés tant au fonctionnaire appelé à célébrer le mariage qu'aux futurs époux ou à ceux qui les représentent, en observant un délai de cinq jours intermédiaires, avec l'addition ordinaire lorsque la distance excède cinq lieues.)

992. (Il est procédé sommairement sur cette opposition de la même manière que sur demande entre locateurs et locataires.)

993. (Si l'opposant ne présente pas son opposition au jour fixé, toute partie intéressée peut obtenir jugement de défaut-congé contre l'opposant, sur dépôt de la copie d'opposition qui lui a été signifiée ; et sur la remise qui lui est faite de copie de ce jugement, le fonctionnaire appelé à célébrer le mariage peut passer outre.)

994. (A défaut par l'opposant de procéder en la manière requise, l'opposition est déclarée désertée.)

995. (Le tribunal ou le juge, avant de prononcer sur l'opposition peut, s'il y a lieu, convoquer devant lui les parents, et, à leur défaut, les amis des futurs époux, pour donner leur opinion sur le mariage projeté et agir ensuite ainsi que de droit.]

996. (Il y a appel du jugement sur l'opposition à la Cour du Banc de la Reine en observant les mêmes formalités que dans les appels de la Cour de Circuit et les procédures ont la préséance.)

[ARTICLES 145 ET 146.]

145. Les oppositions sont portées devant le tribunal de première instance du domicile de celui au mariage duquel on s'oppose, ou du lieu où doit se célébrer le mariage, ou devant un juge de ce tribunal.

145. The oppositions are brought before the court of original jurisdiction of thedomicile of the party whose marriage is opposed, or of the place where the marriage is to be solemnized, or before a judge of such court.

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 253. } (No. 109.) Quel tribunal prononcera? Sera-ce celui du domicile de l'opposant? On pourrait le supposer ainsi, d'après la maxime, que toute demande, toute action personnelle, doit être intentée devant le juge du domicile du défendeur.

C'est précisément, d'après cette maxime, qu'il faut décider que la demande doit être portée devant le juge du domicile de celui au mariage duquel on forme opposition. C'est un axiome de Droit, que tout opposant est demandeur; et c'est pour cela que la demande en main-levée se porte toujours devant le juge du domicile de celui qui est frappé de l'opposition.

Cela est même décidé ainsi par la loi, qui exige l'élection de domicile dans le lieu où doit être célébré le mariage

---

146. S'il y a appel, les procédures sont sommaires et elles ont la préséance.

146. Proceedings upon appeals from such judgments are summary and take precedence.

---

* 3 *Pand, franc.*, *pp.* 254 et 255. } (No. 110.)—Il résulte de cet article, que l'appelant n'est point obligé d'observer les délais ordinaires des assignations, et que le tribunal, tant de première instance, que d'appel, doit accorder la permission d'ajourner à bref délai.

Observez que l'appel, en ce cas, est suspensif; et que, quoiqu'il ait été fait main-levée par le tribunal de première instance, on ne peut pas passer outre au mariage, jusqu'à ce que le jugement attaqué soit confirmé.

C'est pour cela, que la loi prescrit un délai très court, tant pour statuer sur l'opposition, que pour prononcer sur l'appel, afin de ne pas tenir longtemps les parties dans l'incertitude; et de favoriser les mariages.

---

147. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres que le père et la mère, peuvent être condamnés aux dépens, et sont passibles de dommages-intérêts suivant les circonstances.

147. If the opposition be rejected, the opposants, other than the father and mother, may be condemned to pay costs, and are liable for damages according to circumstances.

---

* 3 *Pand. Franç.*, *pp.* 255 *et* 256. } [No. 111.]—Il est évident que l'opposition peut causer un grand préjudice à celui dont elle arrête le mariage. Elle peut faire manquer un établissement avantageux. Elle peut déranger des affaires très importantes. Elle peut, en un mot, être la cause de différens torts, de diverses pertes qui doivent être réparées, si l'opposition se trouve mal fondée. La disposition de cet article est une règle d'équité sensible.

Les ascendants ne sont jamais exposés aux dommages-intérêts, quoiqu'on fasse main-levée de leurs oppositions. La raison est que la loi, par la grande confiance qu'elle a dans leur tendresse pour leurs enfants, suppose toujours qu'ils ont agi par des motifs raisonnables; et que, d'ailleurs, les enfants doivent toujours respecter leurs actions.

---

* *C. N.*, 179. } Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages et intérêts.

[ARTICLE 148.]

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

148. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, où par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

CHAPTER FOURTH.

OF ACTIONS FOR ANNUELING MARRIAGE.

148. A marriage contracted without the free consent of both parties, or of one of them, can only be attacked by such parties themselves, or by the one whose consent was not free.

When there is error as to the person, the marriage can only be attacked by the party led into error.

---

* *Pothier, mariage, Nos.* 444, 308. } [444.]... Nous appelons ici *vices absolus* ceux qui résultent de quelque empêchement dirimant qui se rencontre, ou dans les deux parties, tels que sont ceux de parenté, ou d'affinité, etc., ou dans l'une des parties, tels que sont ceux qui résultent de la profession religieuse, ou des ordres sacrés, dans lesquels l'une des parties est engagée, ou qui résultent d'un défaut dans la forme de la célébration, *putà*, de ce que le mariage n'a pas été célébré en face d'Eglise, ou de ce qu'il l'a été par un prêtre étranger, sans permission de l'Evêque ou du Curé.

Nous appellons *vices respectifs*, ceux qui ne sont vices d'un mariage que parce qu'on a violé le droit de quelqu'une des parties intéressées, tels que sont ceux qui résultent du défaut du consenement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs; celui qui résulte de la violence faite à l'une

des parties contractantes, pour extorquer d'elle son consentement.

Chacune des parties peut donner la demande en cassation de son mariage pour raison de quelqu'un des vices absolus; mais la demande en cassation de mariage ne peut être intentée pour raison des vices respectifs, que par la partie qui prétendrait qu'on aurait violé ses droits. Par exemple, il n'y a que les père et mère qui puissent attaquer le mariage, pour le défaut de leur consentement. Lorsqu'elles ne s'en plaignent pas, et qu'elles n'attaquent pas le mariage, elles sont censées y consentir: et ni l'une ni l'autre des parties qui ont contracté le mariage sans ce consentement des père et mère, n'est recevable à en demander la cassation, pour le défaut de ce consentement.

Pareillement, lorsque le consentement de l'une des parties à son mariage a été extorqué par violence, ou par séduction il n'y a que cette personne qui soit reçue à intenter l'action en cassation de mariage; l'autre partie n'y est pas recevable.

[308.]—Il est évident que l'erreur d'une des parties, qui tombe sur la personne même qu'elle se propose d'épouser, détruit son consentement.

Par exemple, si, me proposant d'épouser Marie, et croyant contracter avec Marie, et épouser Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne, qui se fait passer pour Marie, il est évident qu'il n'y a pas de consentement et que le mariage que j'ai contracté avec Jeanne, que je prenais pour Marie, est nul par défaut de consentement. Car le concours des volontés des deux parties pour une chose, *duorum in idem placitum consensus*, ne se trouve pas dans cette espèce; puisque si Jeanne a voulu m'épouser, je n'ai pas de même voulu épouser Jeanne: ma volonté n'a pas concouru avec la sienne *in idem placitum;* et si je lui ai dit que je la prenais pour mon épouse, ce n'est pas pour cela elle, mais c'est Marie à qui je croyais parler, que je voulais prendre pour mon épouse.

[ARTICLE 148.]

Quid Juris, s'il était prouvé lorsque j'ai épousé Jeanne, que je prenais pour Marie, j'étais dans la disposition de volonté d'épouser Jeanne, si j'eusse sçu que c'était Jeanne qu'on voulait me donner en mariage même en ce cas le mariage est nul par défaut de consentement : car pour former le consentement, il ne suffit pas que j'eusse voulu épouser Jeanne, il faut que je l'aie effectivement voulu. Or, on ne peut pas dire que j'ai voulu épouser Jeanne, puisque c'est Marie que j'ai cru et que j'ai voulu épouser.

---

* 3 *Pand. franc.*, *pp.* 146-7. } Cité *suprà* sous l'art. 116, p. 723.

---

* *Merlin, Rép., Vo. mariage*, sec. VI, §§. 1 et 2. } [§. 1, *p.* 482.] "Il y a (disait la fille d'Alibert) deux sortes de conditions dans le mariage : les unes absolues, les autres relatives. Les conditions absolues sont celles qui constituent l'essence du mariage, et sans lesquelles le mariage ne peut pas exister. Telle est la capacité des personnes, le consentement libre, la célébration en face de l'Eglise par le propre Curé et en présence de quatre témoins. Ces conditions sont absolument nécessaires, parce qu'elles remplissent tout l'objet du mariage, soit qu'on le considère comme contrat civil, soit qu'on l'envisage comme sacrement. Les autres conditions du mariage ne sont qu'accessoires aux premières : on les appelle relatives, parcequ'elles sont de bienséance et pour la plus grande solennité ; faute de les observer, il en résulte des nullités relatives, nullités qui, d'après les canonistes, peuvent bien empêcher un mariage d'être moins solennel, mais qui ne le rendent pas nul. Tel est le consentement du père et de la mère, ou du tuteur, vis-à-vis des mineurs ; tel est encore le défaut de publications des bans. Ainsi, deux sortes de nullités dans le mariage, comme il y a deux conditions : nullités ab-

solues, qui se tirent de ce qui manque à l'essence du mariage ; nullités relatives qui ne concernent que l'intérêt de certaines parties. Les unes peuvent être opposées par toutes sortes de personnes, les autres ne peuvent l'être que par ceux qui sont intéressés à s'en plaindre.

[§. 2, *p.* 489.] *Règles établies par le code civil sur les demandes en nullité de mariage, etc.*

Ces règles se rapprochent sur certains points, de celle de l'ancienne jurisprudence ; mais elles sont plus fixes. Les voici :

" *C. N.* 180.—Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par les époux ; ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

---

* *Id., Vbo. Empêchement,* §. 5, *art.* 1, *p.* 218. } 1. *Du consentement des parties contractantes.*

Il est clair que ce consentement est de toute nécessité ; et que rien n'y est plus opposé que l'erreur, la contrainte et la séduction.

D'abord quant à l'erreur, nous n'en admettons d'autre que celle qui tombe sur la personne même, lorsque cette personne n'est pas réellement celle qu'on croyait épouser. C'est pourquoi, si au lieu d'épouser Jeanne, j'avais épousé Marie que je ne voulais pas, cette erreur étant alors *substantielle,* il n'y aurait point de mariage.

Observez même que, si cette erreur ayant été secrète, j'avais néanmoins mieux aimé garder pour femme celle que je ne voulais point épouser, que de faire déclarer le mariage non valablement contracté, mon consentement survenu de-

puis serait suffisant pour le réhabiliter de plein droit, sans qu'il fut nécessaire d'une nouvelle célébration.

Le code civil porte, art. 180, que, " lorsqu'il y a eu erreur *dans la personne* le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux qui a été induit en erreur. " Et il ajoute, art. 181, " que la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'erreur a été par lui reconnue. "

II. Si l'erreur n'était qu'*accidentelle*, c'est-à-dire, si elle ne portait que sur l'état et la qualité de la personne, le mariage n'en serait pas moins valable. D'où il suit que, si telle femme que je croyais noble et de bonnes mœurs, se trouve de basse extraction et plongée dans la débauche, si elle se trouve flétrie par la justice, le mariage n'en sera pas moins valable, parcequ'enfin c'est la personne de cette femme que je voulais épouser et que j'ai épousée. Ajoutez que, quand même il y aurait eu du dol pour me cacher l'état et la qualité de cette femme, et que ce dol fût venu d'elle, ce moyen serait impuissant pour faire résoudre le contrat.

III. Il y aurait plus de difficulté si cette femme était morte civilement ; mais il n'y a ni loi ni canon qui déclare une erreur pareille capable de faire rétracter un mariage ; au contraire, on trouve dans le *Dictionnaire des Arrets* de Brillon, des préjugés qui en ont prononcé la validité. L'auteur *des conférences* de Paris cite une sentence de l'officialité de cette capitale, qui déboute une femme de sa demande en cassation d'un mariage par elle contracté avec un homme condamné aux galères à perpétuité. Cet homme s'était évadé ; elle ignorait son état ; néanmoins un arrêt du Parlement de Paris de 1700, cassa le nouveau mariage qu'elle avait contracté du vivant de ce galérien...

Du reste, quoique le code civil ne fasse résulter de l'erreur un empêchement dirimant, que lorsqu'elle tombe sur la *personne*, on ne pourrait plus aujourd'hui juger légal, un

mariage qui aurait été contracté entre deux personnes dont l'une eût été, à l'insu de l'autre, morte civilement. La raison en est qu'il ne peut exister de mariage civil qu'entre des personnes qui jouissent de la vie civile.

IV. Mais que doit-on entendre en cette matière par une *erreur sur la personne ?* Y a-t-il erreur sur la personne, lorsque, connaissant bien la personne que l'on épouse, on la croit légitime tandis qu'elle est bâtarde, ou de telle famille tandis qu'elle appartient à une autre ? ou, en d'autres termes, pour savoir s'il y a erreur sur la personne, doit-on considérer la *personne civile*, ou ne doit-on s'attacher qu'à la *personne physique ?* Cette question a fait au conseil d'Etat la matière d'une grande discussion..

...M. Portalis, conseiller d'Etat, portant la parole, au nom du gouvernement, à la séance du corps législatif du 16 du même mois, avait présenté l'art. 146 du code civil dans un sens absolument conforme à celui dans lequel la Cour de Cassation avait désiré qu'il fût rédigé :

" L'erreur en matière de mariage (ce sont ses termes) ne
" s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune
" ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais
" d'une erreur qui aurait pour objet la personne même.
" Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne,
" on me trompe, ou je suis trompé par un concours singulier
" de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substi-
" tuée à mon insu et contre mon gré ; le mariage est nul. "

Telle est aussi l'interprétation que donne à l'art. 146, M. Malleville, qui a été membre de la commission chargée de la rédaction du projet du Code Civil, et qui a assisté, comme tel, a toutes les séances du conseil d'Etat où ce projet a été discuté. Voici comment il s'explique dans son analyse raisonnée sur l'art. 180 du Code.

" Quant à l'erreur, suivant le droit romain et canonique, elle ne rendait le mariage nul, que lorsqu'elle tombait sur la

personne même. Si, par exemple, on m'a fait épouser par surprise Marie, tandis que je croyais épouser Jeanne, ce qui pourrait arriver dans le cas où, sous un voile, on conduirait à l'autel ou devant l'officier public, l'une pour l'autre, le mariage est radicalement nul ; mais l'erreur dans la fortune, la vertu et dans les autres qualités de la personne ne vicie point le mariage. Ainsi, tant pis pour moi si j'épouse une fille sans biens, sans naissance et sans honnêteté, croyant épouser une personne riche, vertueuse et d'une naissance illustre.

" On exceptait cependant le cas ou j'aurais épousé une esclave, croyant qu'elle était libre. Les loix s'arrêtaient à ces principes généraux, qu'on peut voir particulièrement dans d'Héricourt. (*Eccl. part.* 3, *ch.* 5.)

" On voulut aller plus loin, et distinguer l'identité morale de l'identité physique. On dit que, dans l'état de la nature, l'identité physique faisait tout, et que l'erreur dans cette identité pouvait seule annuler le mariage ; mais que, dans l'ordre social, il y avait d'autres qualités qui personnalisaient l'individu ; si, croyant épouser la fille d'un magistrat, d'un général, j'épouse celle d'un homme sans nom, peut-on soutenir qu'il n'y a pas eu erreur dans la personne ? Cependant, dans ce cas-là même, on voulait distinguer l'erreur occasionnée par le dol de la personne épousée, d'avec elle qui provenait du dol d'un tiers, et ce n'était que dans ce dernier cas, qu'on prétendait faire annuler le mariage. Mais après bien des lucubrations, on convint de ne pas entrer dans ces détails ; et les choses en sont restées sur le pied des loix anciennes. "

..... Jusqu'à présent, nous n'avons parlé que de l'erreur, soit sur l'individu, soit sur les qualités civiles ou morales. Mais que doit-on décider à l'égard de l'erreur sur les qualités physiques.

On sent bien que, par qualités physiques, nous n'entendons ici que celles qui sont nécessaires à l'accomplissement

du but du mariage, et qu'il serait absurde d'appliquer à un engagement d'un ordre aussi relevé que le mariage, les règles d'après lesquelles on juge s'il y a lieu à rescision d'un acte de commerce.

La question est donc de savoir si l'impuissance de l'un des époux opère la nullité du mariage, lorsqu'elle existe au moment où ils unissent leurs destinées. Elle est traitée à l'article *Impuissance.* (*Vide suprà sous l'art.* 117, *p* .733.)

VI.—A l'égard de la contrainte, elle ne nuit au consentement que lorsqu'elle a été accompagnée de violences ou de menaces injustes d'un mal grave, actuel, ou très prochain.

Ainsi, lorsqu'un homme épouse parce qu'il y est contraint par la justice, ou pour éviter un décret de prise de corps, on ne peut pas regarder cette contrainte comme injuste, puisqu'elle émane de la justice.

On ne peut pas dire non plus que le consentement ait été essentiellement blessé, lorsqu'il n'y a eu que des menaces vagues ou des menaces d'un mal éloigné.

Mais lorsque la contrainte a été injuste et violente, elle donne lieu à se pourvoir en nullité de mariage, sans considérer si la personne épousée y a participé ou non.

---

* *C. N*,, 180. } Cité *suprà* par Merlin, sous l'art. 148, p. 59.

---

149. [Dans les cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue.]	149. [In the cases of the preceding article, the party who has continued cohabitation during six months after having acquired full liberty or become aware of the error, cannot seek the nullity of marriage.]

[ARTICLES 149 ET 150.]

(L'art. 149 du C. C. B. C., *est la reproduction textuelle de l'art.* 181 *du C. N.*)

150. Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, tuteur ou curateur, ou sans l'avis du conseil de famille, dans le cas où ce consentement ou avis était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement ou avis était requis.

150. A marriage contracted without the consent of the father or mother, tutor or curator, or without the advice of a family council, in cases where such consent or advice was necessary, can only be attacked by those whose consent or advice was required.

* *Pothier, maria. Nos* 444, 308, 447. } [444 et 308.] Cités sous l'art. 148, p. 56 et suiv.

[447.] Lorsqu'un mineur, qui n'avait ni père ni mère, a contracté mariage sans le consentement de son tuteur, le tuteur est aussi reçu à l'attaquer comme présumé entaché du vice de séduction. L'auteur des Conférences de Paris rapporte un arrêt du 12 avril 1704, contre un nommé Berger.

Voyez néanmoins la distinction que nous avons observée, *suprà*, No. 336, (*cité sous l'art.* 122, *p.* 805), entre le défaut de consentement des tuteurs, et le défaut de celui des père et mère.

* *C. N.*, 182. } Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendans, ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

[ARTICLE 151.]

151. [Dans les cas des articles 148 et 150 qui précèdent, l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par le tuteur ou curateur, ni par les parents dont le consentement est requis, toutes les fois que ce mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire; ou lorsqu'il s'est écoulé six mois sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.]

151. [In the cases of articles 148 and 150, an action for annulling marriage cannot be brought by the husband or wife, tutor or curator, or by the relations whose consent is required, if the marriage have been either expressly or tacitly approved by those whose consent was necessary; nor if six months have been allowed to elapse without complaint on their part since they became aware that the marriage had taken place.]

---

* *Pothier, mariage, No.* 446. } Les père et mère d'un mineur qui s'est marié sans leur consentement, sont parties capables pour poursuivre la nullité de son mariage; l'atteinte que ce mariage donne à la puissance paternelle, les rend intéressés à sa cassation, et recevables, par conséquent à la poursuivre.

Si le père avait depuis donné des marques d'approbation au mariage contracté sans son consentement, il serait non recevable. Suivant ce principe, par l'arrêt du mois de décembre 1672, un père fut déclaré non recevable à attaquer le mariage de son fils, contracté sans son consentement, parce qu'il avait été parrain d'un enfant né de ce mariage. Cet arrêt est rapporté au 3e. tôme du Journal des Audiences, tômes 3, 1, 6, ch. 31.

[ARTICLE 151.]

Par la même raison, ces marques d'approbation que le père a donnée au mariage, font tomber l'exhérédation du fils, que le père aurait faite en punition de ce mariage ; mais la simple bénédiction que le père a donnée à ce fils au lit de la mort, n'est pas suffisante pour révoquer l'exhérédation. Le père en ce cas, *censetur remississe odium, et non satisfactionem injuriæ*, comme l'observa M. Talon ; arrêt du 27 avril 1760, Journal des Audiences.

Lorsqu'un fils de famille s'est marié en minorité, sans le consentement de son père ; si depuis, étant devenu majeur, il a déclaré vouloir persévérer dans ce mariage, ne paraissant pas d'ailleurs que c'est par une suite de séduction commencée en minorité, le père cesse d'être recevable dans l'appel comme d'abus du mariage ; il ne lui reste plus que le foudre de l'exhérédation, dont il peut user contre son fils. C'est ce qui a été jugé sur les conclusions de M. Talon, par un arrêt du 6 Mars 1636, rapporté par Bardet.

---

* *Id., des personnes,* 1 *part.*, 6, *s.* 2. } Lorsque les père et mère approuvent dans la suite le mariage de leurs enfants, contracté contre leur gré, où à leur insçu, tout le vice résultant de ce défaut de consentement, est dès lors purgé ; dès lors, les père et mère ne sont plus recevables à quereller ce mariage ; dès-lors, l'enfant cesse d'être sujet à la peine de l'exhérédation, et à toutes les autres, dont il a été parlé.

Il n'est pas nécessaire, que cette approbation soit expresse : l'approbation tacite produit cet effet ; comme si, V. G. le père et la mère ont reçu chez eux leur gendre ou leur bru, etc.

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 265 *et suiv.* } [*No.* 117.] A l'égard des pères et mères, ou autres, dont le consentement est requis ; il a toujours été de principe, que leur approbation postérieure du mariage soit expresse, soit même tacite, les rendait non recevables à donner ensuite la demande en nullité.

[ARTICLE 151.]

L'approbation est expresse, quand elle se trouve dans un acte formel ; comme si, depuis le mariage, le père a fait à son fils une donation en faveur de ce mariage. Il peut y avoir beaucoup d'autres exemples de l'approbation expresse.

Elle est tacite, quand elle résulte de faits tels, que la ratification du mariage, en découle nécessairement. C'est ainsi qu'un père a été déclaré non recevable dans la demande en nullité, qu'il avait formée du mariage de son fils, contracté sans son consentement, parce qu'il avait été parrain d'un enfant né de ce mariage. Il y avait encore beaucoup d'autres cas où l'on inférait l'approbation, et le consentement du père, de la conduite qu'il tenait à l'égard de l'enfant marié, sans son consentement.

Si, par exemple, il le recevait chez lui, à sa table, surtout avec sa femme ; s'il allait les visiter ; si, en écrivant à son gendre, ou à sa bru, il lui donnait le nom de son fils, ou le titre de sa fille ; dans tous ces cas, le père était censé avoir approuvé le mariage. On sent que tout ceci consistant en faits, l'induction que l'on en doit tirer, dépend des circonstances. Il faut que les faits soient tels, que la ratification du mariage s'ensuive nécessairement ; et la preuve par témoins de ces faits est admissible.

Les mêmes faits, à l'égard d'un enfant qui s'était marié en majorité, sans faire de sommations respectueuses, faisaient présumer le pardon du père ; et, en conséquence, empêchaient qu'il ne pût l'exhéréder. Si on admet l'exhérédation, il faudra, dans le même cas, d'après notre opinion, suivre les mêmes principes.

Nous persistons dans cette opinion, parce que le code civil resserre les nœuds de la subordination des enfants envers leurs père et mère, loin de les relâcher.

Remarquez que la bénédiction que le père, au lit de la mort, a donnée à son enfant, marié sans son consentement, n'a jamais été regardée comme une approbation du mariage

ni même comme un pardon, capable d'anéantir l'exhérédation prononcée. Cet acte, de la part du père, est une simple soumission aux préceptes de la religion. Il pardonne comme chrétien, ainsi que l'a remarqué M. Talon, lors de l'arrêt de 1660, mais il punit, comme magistrat. (*Censetur remisisse odium, non satisfactionem injuriæ.*)

[P. 268]... Les père et mère, et autres, ne seront plus recevables à attaquer le mariage, un an après qu'ils en auront eu connaissance. Cette disposition est également juste et salutaire. Elle est juste; car celui, qui connaissant l'injure qu'on lui a faite, est un an sans se plaindre, est censé, par les lois même, en avoir fait la remise (L. 11, ff. *de Injur.*) Elle est salutaire. Il importe, en effet, de maintenir la tranquilité des mariages, et de ne pas laisser trop longtemps l'état des enfants, dans une situation précaire et incertaine.

---

* *C. N.*, 183. } L'action en nullité ne peut plus être intentée, ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du maraige ; elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

---

152. Tout mariage contracté en contravention aux arts. 124, 125, 126, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt.	152. Any marriage contracted in contravention of articles 124, 125 and 126, may be contested either by the parties themselves, or by any of those having an interest therein.

[ARTICLE 152.]

* *Pothier, Mariage, Nos.* 444, 449, 451. } [444.] Cité *suprà* sous l'art. 148, p. 56.

[449.] Toutes les personnes qui ont un intérêt né pour faire déclarer nul un mariage, sont recevables à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus. Supposons, par exemple, qu'un homme, du vivant d'une première femme, en a épousé une seconde, et que s'étant lassé d'elle, il est retourné avec la première : la seconde femme a un grand intérêt de faire déclarer nul le mariage fait avec la première, puisque sans cela, le sien qui a été fait du vivant de la première, ne peut pas être valable elle doit donc être reçue à l'attaquer par la voie d'appel comme d'abus, pourvû que ce soit pour des nullités absolues, et elle ne serait pas recevable à proposer des nullités respectives.

Il en est de même des enfans de la seconde femme.

[451] 3o Il faut que ce soit dans l'année de la célébration du prétendu mariage que le Promoteur donne cette assignation ; c'est ce qui résulte de ces termes *permettons aussi aux Promoteurs... dans le terme ci-dessus.*

La raison est qu'après l'année de la célébration, la mémoire de l'irrégularité de la célébration du mariage est censée s'être effacée dans le public ; et, par conséquent, cette irrégularité n'est plus un vice public qui offense le public ; d'où il suit que le Procureur du Roi, qui ne peut inquiéter les parties qui ont contracté un mariage, dont personne ne se plaint, que pour des vices de leur mariage qui seraient publics, et qui offensent le public, ne peut plus, après l'année, assigner les parties pour cette irrégularité ; et par la même raison, le Promoteur qui ne fait que suppléer le Procureur du Roi, ne le peut plus après ce temps.

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 270 à 275. } [No 119.] On voit clairement ici la distinction des nullités absolues, et des nullités relatives.

[ARTICLE 152.]

Celles-ci sont l'objet des articles précédents. Elles ne peuvent être opposées que par ceux dont les droits sont blessés.

Celles dont il est question dans cet article sont absolues. Elles attaquent l'essence même du mariage. Il ne peut exister, quand il en est entaché. Il n'y a point alors de contrat. Il n'y a point de mariage. Il n'y a qu'une union illicite. Ainsi, il n'y a point de mariage, quand les parties, ou l'une d'elles, n'ont point atteint l'âge de la puberté. Il n'y en a point, lorsqu'il existe déjà un mariage légitime. Il ne peut y en avoir entre des personnes qui sont liées par la parenté, ou l'affinité dans les degrés prohibés. Ces nullités peuvent, en conséquence, être opposées, soit par les parties, soit par tous autres qui y ont intérêt; et comme elles blessent les mœurs et l'honnêteté publiques, si personne ne les relève, elles doivent l'être par le ministère public.

Lorsque le vice d'un mariage est absolu, qu'il est public, et qu'il cause nécessairement du scandale, comme dans les cas spécifiés par les articles rappelés par celui sur lequel nous écrivons, l'officier revêtu du ministère public, chargé du maintien de la police, et du bon ordre, et par conséquent, d'arrêter les scandales qui la troublent, doit en ce cas, poursuivre les parties, pour les contraindre à se séparer. Il doit même, en certains cas, les poursuivre extraordinairement par la voie criminelle, pour la réparation du scandale qu'elles ont causé. Tel est le cas du mariage qu'un homme déjà marié, aurait, du vivant de sa femme, contracté avec une autre.

Remarquez que le magistrat, chargé de ce ministère, doit donner ses conclusions dans toutes les causes relatives à la nullité, ou à la validité des mariages, parce que toutes intéressent l'ordre public; mais qu'il ne peut agir d'office, et demander lui même la nullité, que quand elle est absolue; c'est-à-dire, dans le cas des articles 144, 147, 155, 156, 157, ou ceux expressément prévus par la loi.

[ARTICLE 152.]

[No. 120.] Il faut observer, sur toutes les demandes en nullité que le lien du mariage étant un lien sacré, que Dieu forme lui-même entre les parties, et qu'elles ne peuvent rompre, en général, par leur consentement mutuel, l'acquiescement que la partie assignée pour voir prononcer la nullité du mariage donnerait à la demande, ne doit pas empêcher le juge d'entrer dans un examen scrupuleux des preuves de l'empêchement, que l'on prétend s'être opposé à la validité du mariage; et, malgré cet acquiescement, ce n'est qu'après que cet empêchement aura été pleinement justifié, que le juge peut et doit prononcer la nullité du mariage.

On opposera peut-être que le code civil, admettant le divorce par consentement mutuel, il n'est pas vrai de dire que le lien ne puisse pas être rompu par ce consentement; qu'en conséquence, on ne voit pas de raison, pour repousser l'acquiescement dans le cas proposé.

Il faut répondre que l'admission du divorce, et surtout du divorce par consentement mutuel, est une exception contraire à l'institution du mariage, et à sa nature; qu'il faut, en conséquence, restreindre dans les bornes les plus étroites, et qu'on ne peut pas étendre d'un cas à un autre. Il faut d'autant plus restreindre cette faculté, qu'on voit le législateur l'admettre avec une répugnance, que l'expérience pourra justifier. Peut-être sera-t-il obligé d'interdire cette manière de dissoudre le mariage. D'ailleurs, elle est soumise à des formes que l'on éluderait par l'acquiescement sur les demandes en nullités, si on l'admettait.

Les tribunaux doivent résister avec d'autant plus de sévérité, à ces acquiescements frauduleux, qu'ils deviendraient un moyen de favoriser la légèreté des parties et le libertinage.

Ils ne doivent pas même regarder comme une preuve suffisante la déclaration de la partie, que l'empêchement qu'on lui oppose existe, quand même elle offrirait de la confirmer par

serment, et qu'elle serait fortifiée par le bruit public. Les empêchements dirimans, absolus, doivent être justifiés par écrit. En effet, le défaut de puberté, l'existence d'un premier mariage, la parenté dans les degrés prohibés, peuvent être établis par les registres de l'état civil. Ils doivent l'être par des extraits de ces régistres; et ce n'est que dans le cas de leur perte, que l'on peut admettre la preuve par témoins. Autrement, la règle de l'indissolubilité du nœud du mariage deviendrait illusoire ; et l'on éluderait les entraves que la loi apporte au divorce.

---

* *C. N.*, 184. } Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162, et 163, peut être attaqué, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

---

153. Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait pas atteint cet âge, ne peut plus être attaqué ;	153. But a marriage contracted before the parties or either of them have attained the age required, can no longer be contested:
1. Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ;	1. When six months have elapsed since the party or parties have attained the proper age ;
2. Lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant l'expiration de six mois.	2. When the wife, under that age, has conceived before the termination of the six months.

---

* *Pothier, mariage, Nos.* 94, 95. } (94.) Cité *suprà*, sous l'art. 115, p. 71.

[ARTICLE 153.]

[95.]—Lorsque depuis l'âge de puberté survenu, les conjoints ont continué de demeurer ensemble comme mari et femme, cette co-habitation rétablit leur mariage; il en résulte un nouveau consentement tacite que les parties donnent à leur mariage dans un temps auquel elles sont devenues capables de le contracter; c'est la décision de la Loi 4, ff, *de tit. nupt. Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore quum apud virum explesset duodecim annos.* C'est aussi la disposition du chap. *attestationes* 10, *ext.* de *despons. impub;* enfin c'est la doctrine enseignée par nos auteurs. Févret, Traité de l'abus, L. 5, ch. 1, n. 7; Mornac, ad L. 4, ff. de rit. nupt. &c.

---

* 3 *Pand. franc.*, *pp.* 275 *et* 281. } [No. 121.] Dans tous les temps, le défaut de capacité de se reproduire, fut mis au premier rang des empêchemens dirimans de mariage. Aussi, non seulement, le défaut de puberté, mais l'impuissance ont toujours été au nombre des causes de dissolution, ou de cassation de mariage. En effet, quoique le mariage ne consiste pas uniquement dans l'union des sexes, et dans la procréation des enfans, on ne peut néanmoins nier qu'elle ne soit son principal objet. Il faut donc que cette union soit possible, pour que le mariage puisse exister. Aussi, l'empêchement, ou la nullité résultant de l'impuissance est du droit naturel.

[P. 280, No 123.] Quant à la seconde exception portée par cet article, dans le cas où la femme impubère a conçu, soit avant l'âge prescrit par la loi, comme étant l'époque de la puberté, soit avant léchéance des six mois accordés pour réclamer, et suivant laquelle l'action en ce cas, n'est pas recevable; cette exception est également juste et naturelle. La nullité du mariage, contracté avant cet âge, est fondée sur la présomption de l'incapacité de l'acte de mariage, et de la reproduction. La présomption ne peut plus exister quand elle est démentie par le fait. La loi, comme l'a dit l'orateur du gou-

vernement ne doit pas aspirer au droit d'être plus sage que la nature. La fiction doit céder à la réalité. Il est bien constant dans cette hypothèse, que la nullité n'existe pas.

Ce principe était également observé dans notre ancienne jurisprudence. Lorsque la capacité s'était manifestée avant l'âge auquel la loi avait fixé l'époque de la puberté, comme si une jeune fille au-dessous de douze ans était devenue grosse, le mariage était valable, et ne pouvait plus être attaqué sur le motif du défaut de puberté. Ce cas avait aussi été prévu par le droit canonique. *Si ita fuerint ætati proximi, quod potuerint capula carnale conjungi, minoris ætatis separari non debent intuitu, cum in eis ætatem supplevisse malitia videtur.* [Cap, 9, extr. de Despons. impub.)

---

* *C. N.*, 185. } Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1o. lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ; 2o. lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois.

---

154. Le père, la mère, le tuteur ou curateur et les parents qui ont consenti au mariage contracté dans les cas de l'article précédent, ne sont pas recevables à en demander la nullité.

154. The father, mother, tutor or curator, or the relations who have consented to the marriage in the cases mentioned in the preceding article, are not allowed to seek the nullity of such marriage.

---

* *Pothier, mariage, No.* 446. } Cité *suprà* sous l'art. 151. p. 65.

*3 *Pand. franç.*, p. 282-3. } [No. 124.] C'est bien ici le cas d'appliquer la maxime *nemo ex suo proprio delicto, seu dolo, actionem consequi potest.* Il serait absurde que l'on voulut invoquer le secours de la loi que l'on a violée. Et, comme l'a dit encore l'orateur du gouvernement, il ne faut pas qu'après s'être joué des lois, ils puissent se jouer de la foi du mariage.

Tout cela suppose que les père et mère, ascendans, ou la famille ont donné leur consentement en connaissance de cause; qu'ils ont eu l'intention de frauder la loi ; car, s'ils ont ignoré l'empêchement, s'ils ont été trompés sur l'âge de l'impubère, *putà* par un acte de notoriété inexact ; alors, leur consentement n'est point un obstacle à ce qu'ils donnent la demande en nullité. Cela est évident.

Dans le cas où les parens sont non recevables à donner la demande en nullité, cette fin de non recevoir ne peut nuire qu'à eux. Elle ne prive, ni les époux, ni les autres intéressés, ni les commissaires du gouvernement, de l'action que la loi leur accorde.

---

* *C. N.*, 181 } Le père, la mère, les ascendans et la famille qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont point recevables à en demander la nullité.

---

155. Dans le cas, où d'après l'article 152, l'action en nullité compète à tous ceux qui y sont intéressés, l'intérêt doit être né et actuel, pour donner ouverture à ce droit d'action en faveur des aïeux, des parens collatéraux, des

155. In the cases referred to in article 152, where the action for annuling the marriage belongs to all those interested, the interest must be existing and actual, to permit the exercise of the right of action by the grandparents,

enfants nés d'un autre mariage, et des tiers.	collateral relatives, children born of another marriage, and third persons.

---

* *Pothier, mariage,* No. 448. } Les parens de l'une ou de l'autre des parties qui ont contracté mariage, ne peuvent, à la vérité, tant que les deux parties vivent, attaquer la validité de leur mariage, n'ayant alors aucun intérêt né qui puisse les y rendre recevables ; mais après la mort de l'une des parties, les parens même collatéraux de cette partie, sont recevables à attaquer le mariage, incidemment à quelques contestations sur quelqu'intérêt temporel.

Par exemple, les parens de la partie décédée peuvent revendiquer sa succession contre les enfants, en soutenant qu'ils ne sont pas habiles à succéder, et en leur formant pour cet effet, la contestation sur la validité du mariage dont ils sont nés.

Pareillement, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, les héritiers collatéraux du mari prédécédé, contre lesquels la veuve demande le paiement de son douaire et de ses conventions matrimoniales, peuvent s'en défendre en formant à la veuve la contestation sur la validité de son mariage. Au reste, ils ne peuvent attaquer le mariage que pour des vices absolus, et non pour des vices respectifs, tels que la séduction, le défaut de consentement des père et mère, etc., même à l'égard des vices absolus qui pourraient se rencontrer dans le mariage. Quoiqu'absolument parlant, les parens collatéraux de l'une des parties décédées aient le droit de les opposer en interjettant appel comme d'abus de son mariage, et qu'il y ait plusieurs exemples où ils ont été reçus, néanmoins, ils n'y sont reçus que difficilement. C'est ce que nous apprenons de M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer en la cause des enfans de Jérôme Billon, qui est le onzième au second tôme de ses œuvres " Si l'on excepte, dit ce grand magistrat, certains de-

fauts essentiels qui forment des nullités que le temps ne peut jamais couvrir ; certaines circonstances où la considération du bien public, toujours plus forte que celle de l'intérêt particulier, semble se joindre aux collatéraux, pour s'élever contre un mariage odieux ; il est difficile qu'ils puissent détruire toutes les fins de non recevoir qu'on leur oppose (de la part des enfants dont ils contestent l'état ;) le silence des père et mère et des contractans même, l'union de leur mariage, la possession paisible de leur état, etc." Suivant ces principes, des collatéraux, par arrêt du 27 avril 1 638, rapporté par Bardet, furent mis hors de cour sur l'appel comme d'abus d'un mariage auquel ils opposaient l'alliance du compérage que les conjoints avaient contractée auparavant. L'arrêt était fondé sur la bonne foi des conjoints, et sur la facilité qu'ils auraient eu d'obtenir dispense s'ils eussent sçu que ce fut un empêchement.

Au reste, lorsque les circonstances rendent le mariage susceptible d'être attaqué par les parents collatéraux de l'une des parties, on ne peut leur opposer comme fin du non-recevoir, qu'ils aient paru donner quelque signe d'approbation de son mariage. Par exemple, la veuve à qui ils forment contestation sur la validité de son mariage, ne peut pas les y prétendre non recevables, sur le prétexte, que du vivant de leur parent, elle a reçu d'eux, des lettres par lesquelles ils la trai: taient de leur *cousine*. L'approbation donnée à un acte, ne rend non-recevable à l'attaquer, que lorsqu'elle est donnée dans un temps où le droit de l'attaquer était ouvert ; on est censé en ce cas renoncer à son droit : mais en ce cas-ci, les parents collatéraux n'ayant eu aucun droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage de leur parent de son vivant, les signes d'approbation qu'ils paraissent y avoir alors donné, ne peuvent opérer contr'eux aucune fin de non recevoir pour l'attaquer après sa mort. C'est ce que nous apprenons du plaidoyer de M. Lenain, avocat-général, sur les conclusions

duquel fut rendu un arrêt du 1 Août 1707, qui n'eut aucun égard à ces fins de non recevoir. L'arrêt est rapporté au 6e tôme du Journal des Audiences.

---

* *Merlin, Quest. de D., Vbo mariage,* § 5, *p.* 19. } [1 *Col.*, 3*e al.*]... " Nous pourrions citer plus de cinquante arrêts qui ont déclaré des collatéraux purement et simplement non-recevables à alléguer même des moyens de nullité absolue contre des mariages."

---

* *Merlin, Rép., Vbo., mariage, sec. VI*—§ 1, *p.* 483. } [IV.] Quant aux collatéraux, la loi ne les admet point à contester l'état des époux, de leur vivant; et s'ils reconnaissent la validité de leur mariage par quelqu'acte postérieur à la mort de l'un des époux, ils sont non-recevables à en contester les effets, lors même que les moyens d'abus sont absolus.

Nous venons de dire qu'il faut que la reconnaissance soit postérieure à la mort des époux; en effet, une reconnaissance antérieure à cette époque, ne pourrait couvrir leur action.

---

* *Lahaie, sur art.* 187. } *Portalis.*—En thêse générale, des collatéraux ou des héritiers avides sont écoutés peu favorablement. Ils n'ont en leur faveur ni le préjugé de la nature, ni l'autorité de la loi. L'espérance d'accroître leur patrimoine ou leur fortune est le seul mobile de leur démarche; cette espérance seule les anime. Ils n'ont aucune magistrature domestique à exercer sur des individus qui ne sont pas confiés à leur sollicitude. Ils ne doivent donc pas être admis à troubler un mariage concordant et paisible. Ils ne doivent et ils ne peuvent se montrer que lorsqu'il s'agit de savoir s'ils sont exclus d'une succession par des enfants légitimes, ou s'ils sont fondés à contester l'état de ces enfants, et à prendre leur part dans cette succession.

[ARTICLE 155.]

Delvincourt, t. 1, *not.* 2, *de la page* 70.—*Quid* à l'égard des ascendants? Il paraît que dans tous les cas, ils peuvent demander la nullité quand même ils n'auraient aucun intérêt. Ils ne sont pas compris dans la prohibition portée par cet article.

Rolland de Villargues, vo. mariage, No. 42.—D'où il résulte que si l'époux incestueux ou bigame est exclu, à cause de son indignité, d'une succession à laquelle doivent venir en son lieu et place les enfants d'un second mariage, les collatéraux ont un intérêt né et actuel à faire annuler ce mariage, entaché de bigamie ou d'inceste, pour recueillir, à l'exclusion des enfants auxquels il a donné naissance, la succession qui s'est ouverte.

Proudhon, t. 1, p. 251.—*Aux enfants du premier mariage*. Parce qu'étant obligés d'honorer et de respecter leurs père et mère, ils ne peuvent être recevables à les flétrir par l'exercice d'une action infamante.

Duranton, t. 2, No. 328.—Cet article ne s'applique pas aux ascendants, relativement à l'époque à laquelle naît pour eux le droit d'attaquer le mariage dont il s'agit; mais il en doit être de même que pour les enfants et les collatéraux : l'intérêt doit être *né* et *actuel*, par conséquent, ce ne doit être qu'après la mort de l'époux, leur descendant; sauf, si leur consentement était nécessaire à la validité du mariage, et qu'ils ne l'aient point donné, à faire valoir la nullité pour cette cause.

---

* 3 *Pand. Franç.*, *p.* 283, *et suiv.* } [No. 125.] Les parents collatéraux n'ayant, excepté dans un seul cas, aucun droit de surveillance ou d'autorité sur le mariage de leurs parents, ne peuvent avoir d'action pour l'attaquer, qu'autant qu'ils y ont intérêt. C'est une suite de la maxime que l'intérêt est la mesure des actions.

Comme cet intérêt est toujours pécuniaire, et relatif aux biens, les collatéraux ont, de tout temps, été vus dans les tri-

bunaux, d'un œil peu favorable. Jamais on ne leur a permis d'attaquer le mariage sur le fondement des nullités relatives. On ne les admettait à opposer que les vices absolus ; et même, dans ce cas, ils étaient encore difficilement reçus. C'est ce que nous apprenons de M. d'Aguesseau, dans la cause des enfants de Jérôme Billon.

En général, comme la demande des héritiers de l'époux défunt est toujours une tache à sa mémoire ; et que souvent elle compromet l'état des enfants provenus du mariage ; il faut, pour que leur action soit admise, que rien ne puisse couvrir le vice sur lequel ils la fondent. (Lebrun, des Successions, liv. 3, ch. 6.)

Le code civil ne leur accorde de même d'action, qu'à raison des nullités absolues. Il leur impose silence pendant la vie *des deux époux.*

On sent bien que les termes, pendant la vie des deux époux, ne signifient pas que l'action ne peut être ouverte qu'après la mort de l'un et l'autre époux. Si tel était le sens de ces termes, l'action serait entièrement illusoire. Il est d'ailleurs démenti par la suite de l'article, qui porte que l'action peut être intentée par les héritiers collatéraux, lorsqu'ils y ont un intérêt actuel et ouvert. Or, cet intérêt est ouvert, il devient actif par la mort de l'un ou l'autre époux. Le sens de ces termes est donc que les héritiers collatéraux ne peuvent intenter leur action, tant que les époux vivent l'un et l'autre, c'est-à-dire, tant que l'union existé.

Aussitôt qu'elle est dissoute par le décès de l'un des deux époux, les héritiers collatéraux, dont le droit, ou plutôt l'intérêt est alors ouvert, peuvent donner l'action. C'est d'après les circonstances, que le juge doit se déterminer à l'admettre, où à la rejeter.

[No. 126.] Si cette demande était fondée sur le défaut de puberté de l'un des conjoints, et que le mariage s'étant prolongé au-delà de l'époque à laquelle elle est fixée, ni les époux,

ni leurs parents n'eussent réclamé dans les délais prescrits, il est évident que les collatéraux seraient non recevables.

L'empêchement résultant de la parenté en ligne directe, ou entre frère et sœur, en ligne collatérale, étant un vice que rien ne peut couvrir, et qui ne permet, en aucun cas, de donner, à ces sortes d'unions, les effets du mariage, on ne voit aucune fin de non recevoir que l'on pût opposer, avec succès, à la demande des collatéraux.

Celle qu'ils formeraient sur le fondement d'un précédent mariage, subsistant lors du second, pourrait être écartée, dans le cas où l'époux délaissé n'aurait pas réclamé ; où les enfants provenus du second mariage, et leurs père et mère auraient joui paisiblement de leur état.

Il n'en serait pas de même de la demande qui serait formée par les enfants issus de ce premier mariage. Il ne pourraient point être écartés par la même fin de non-recevoir.

En général, les enfants sont toujours beaucoup plus favorables que les collatéraux.

Quant au mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, comme l'empêchement résultant de la parenté, dans ce degré, peut être effacé par des dispenses, si le mariage avait subsisté longtemps ; si personne n'avait réclamé ; si, surtout, il y avait des enfants ; les collatéraux, qui fonderaient une demande en nullité sur cet empêchement, pourraient encore être écartés par la considération d'une longue possession. On pourrait présumer qu'il y a eu une dispense qui s'est égarée, et dont on a omis de faire mention lors de la célébration du mariage.

Au reste, depuis le Code Civil, il y aura bien moins de cas où les collatéraux, demandeurs en nullité du mariage pourraient être facilement déclarés non recevables, parce qu'il laisse subsister bien moins d'empêchements absolus que nos anciennes lois. Il y en avait beaucoup, suivant celles-ci, qui prenaient leur source dans le Droit canonique ; qui, en elles-

mêmes, n'étaient pas bien considérables ; et auxquelles, en conséquence, les tribunaux faisaient peu d'attention, quand elles étaient opposées par des collatéraux ; et d'autant moins, que la plupart de ces empêchements disparaissaient, au moyen des dispenses, qui s'accordaient avec une grande facilité.

Par exemple, dans la cause qui donna lieu au plaidoyer de M. D'Aguesseau, (dans la cause des enfants de Billon, onzième plaidoyer, t. 2 de ses œuvres), les héritiers collatéraux opposaient l'empêchement résultant du compérage que les époux avaient contracté ensemble, antérieurement à leur mariage.

No. 127.—(C'est presque mot pour mot ce que Pothier dit *suprà* No. 448, sous l'art. 155, p. 76.)

---

* *C. N.*, 187. } Dans tous les cas où, conformément à l'art. 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.

---

156. Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement et qui n'a pas été célébré devant le fonctionnaire compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, sauf au tribunal à juger suivant les circonstances.

156. Every marriage which has not been contracted openly, nor solemnized before a competent officer, may be contested by the parties themselves and by all those who have an existing and actual interest, saving the right of the court to decide according to the circumstances.

[ARTICLE 156.]

* *Pothier, mariage, Nos.* 361, 362, 451. } [361.] La peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un Prêtre incompétent, est la nullité de leur mariage.

Quoique le concile de Trente, qui a prononcé cette peine, comme nous l'avons vu *suprà* No. 348, n'ait pas été reçu en France, nos Rois ont adopté et confirmé sa disposition à cet égard.

La déclaration de 1639, en prescrivant la forme de la célébration des mariages, exige que ce soit le curé qui le célèbre (ou quelqu'un par lui commis,) " *à la célébration assisteront quatre témoins avec le Curé, qui recevra le consentement des parties, etc.*"

L'Edit du mois de Mars 1697, ne laisse aucun doute sur la nullité des mariages célébrés devant un Prêtre incompétent; après avoir dit dans le préambule : " *Les Saints Conciles ayant " prescrit comme une des solennités essentielles au Sacrement de " Mariage, la présence du propre Curé de ceux qui contractent, " les Rois nos prédécesseurs ont autorisé par plusieurs Ordon- " nances l'exécution d'un règlement si sage, etc.*" Il est dit ensuite dans le dispositif : " *Voulons que les dispositions des " Saints Canons, et les Ordonnances des Rois nos prédécesseurs, " concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui " regardent la nécessité de la présence du propre Curé de ceux " qui contractent, soient exactement observées ; défendons, etc.*"

Dire qu'une chose est une *solennité essentielle* au mariage, c'est dire qu'elle est de l'essence du mariage, et qu'en conséquence, il ne peut y avoir de vrai mariage lorsqu'elle n'a pas été observée. Les Saints Conciles en déclarant que la présence du propre Curé était une *solennité essentielle au Sacrement du Mariage*, ont donc suffisamment déclaré que les mariages où elle n'avait pas été observée, n'étaient pas de vrais mariages, et devaient être regardés comme nuls ; et l'Edit, en ordonnant l'observation des Canons à cet égard, prononce évidemment la nullité de ces mariages.

[ARTICLE 156.]

Cela résulte encore de ces autres termes de l'Edit: *Voulons que les Ordonnances...*, et notamment celles qui regardent *la nécessité de la présence du propre Curé*, soient exactement observées. Il paraît par ces termes que la présence du propre Curé est regardée comme étant de nécessité pour la célébration des mariages: donc ceux où elle n'a pas intervenue, ne sont pas valablement célébrés.

Enfin, nos lois regardent tellement comme nuls les mariages célébrés par un Prêtre incompétent, que la Déclaration du 15 Juin 1697, ordonne que les parties qui auront contracté de tels mariages, soient poursuivies par les Procureurs du Roi pour les réhabiliter, comme nous le verrons *infrà;* part. 6, ch. 1, art. 1, §. 7, (No. 451). Ils sont donc nuls; car s'ils n'étaient valables, il ne faudrait pas les réhabiliter.

[No. 362] Cette nullité des mariages célébrés par un Prêtre incompétent, n'est pas de la classe de celles qu'on appelle relatives, qui n'ont lieu que lorsque la partie s'en plaint; telles que sont celles qui résultent du défaut de liberté dans le consentement de l'une des parties contractantes, de l'impuissance, du défaut de consentement des père et mère, ou tuteur, etc., elle est de la classe de celles qu'on appelle nullités absolues, et elle ne peut se purger, ni se couvrir que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire, une nouvelle célébration faite par le Curé ou avec sa permission, ou celle de l'Evêque.

Il n'importe que les personnes qui se sont mariées hors la présence et sans le consentement de leur propre Curé, soient majeures ou mineures, enfants de famille, ou usantes de leurs droits; nos lois ci-dessus rapportées, qui déclarent nuls ces mariages, n'ayant fait à cet égard aucune distinction.

On trouve néanmoins dans les Recueils d'Arrêts, quelques arrêts qui ont déclaré des parties non-recevables dans l'appel comme d'abus par elles interjetté, de la célébration de leur mariage, sur le prétexte qu'il avait été célébré par un Prêtre

incompétent, hors la présence et sans le consentement du Curé, lorsque l'appel n'avait été interjetté qu'après un long temps de cohabitation publique, et sans que personne ne se fût jamais plaint de ce mariage.

La réponse est, que ces arrêts n'ont pas jugé qu'un mariage, qu'on supposerait célébré par un Prêtre incompétent, puisse jamais être valable, et que ce vice puisse être purgé par quelque laps de temps que ce fût ; mais qu'ils ont seulement jugé, qu'eu égard aux circonstances de la cause, l'appelant était indigne d'être écouté, et reçu à entrer dans la discussion qu'il alléguait ; et qu'on devait présumer que les choses s'étaient passées dans les règles, et que le Prêtre qui avait célébré le mariage, avait eu la permission du Curé. Ce que nous disons est conforme à ce qui a été observé par M. D'Aguesseau, dans un mémoire qui se trouve dans le cinquième volume de ses œuvres, après le cinquante-septième plaidoyer : il est dit à la fin de ce mémoire ; " S'il y a quel-" quefois des circonstances assez fortes, suivant les règles de " la police extérieure, pour fermer la bouche à la mauvaise " foi, et à l'inconstance de ceux qui réclament sur ce fonde-" ment (de défaut de présence et de consentement du propre " Curé) contre un consentement libre et une longue posses-" sion, il faut, au moins en ce cas, qu'il paraisse que la justice " ne se détermine que par les fins de non recevoir ; et qu'en " déclarant les parties non-recevables, elle ajoute toujours " que c'est sans préjudice à elles de se retirer par devers " l'Evêque pour réhabiliter leur mariage, si faire se doit."

[No. 451.]...Depuis, le Roi par sa déclaration du 15 Juin 1697, a attribué aux promoteurs des officialités, le droit, dans un certain cas particulier, d'assigner les parties qui ont contracté un mariage nul, pour la réhabilitation de leur mariage lorsque le Procureur du Roi n'agit pas. Voici les termes de cette déclaration : " Enjoignons à nos Cours de Parlement, " et autres nos Juges...lorsqu'ils jugeront des causes ou procès

[ARTICLE 156.]

" dans lesquels il s'agira de mariages célébrés par devant des
" Prêtres, autres que les propres Curés des contractants, sans
" en avoir obtenu les dispenses nécessaires; et même sur les
" poursuites que nos procureurs en pourront faire d'office
" dans la première année de la célébration des dits prétendus
" mariages, d'obliger ceux qui prétendent avoir contracté
" des mariages de cette manière, de se retirer par devant leur
" Archevêque ou Evêque, pour les réhabiliter selon les
" formes prescrites par les Saints Canons et par nos Ordon-
" nances, après avoir accompli la pénitence salutaire qui leur
" sera par eux imposée, telle qu'ils l'estimeront à propos.
" Permettons aussi aux promoteurs des dits Archevêques ou
" Evêques, lorsque nos procureurs, ou des parties intéressées
" ne feront aucunes poursuites par devant nos Juges, de faire
" assigner devant les dits Archevêques ou Evêques, dans le
" terme ci-dessus, et après en avoir obtenu d'eux une permis-
" sion expresse, les personnes qui demeurent et vivent
" ensemble et qui n'ont point été mariées par les Curés des
" Paroisses dans lesquelles elles demeurent, et qui n'ont point
" obtenu dispense pour être mariées par d'autres Prêtres aux
" fins de représenter aux dits Prélats, dans un temps conve-
" nable, les actes de célébration de leurs mariages. Voulons
" qu'en cas que les Archevêques ou Evêques trouvent que
" les dits mariages n'aient pas été célébrés par les propres
" Curés des contractants, et qu'ils n'y ait d'ailleurs aucun
" autre empêchement, ils puissent leur enjoindre de les réha-
" biliter, selon les formes prescrites par les Saints Canons et
" par nos Ordonnances, après avoir accompli la pénitence, etc."

Ensuite, il est enjoint aux Juges, sur l'avis qui leur aura été donné par les Evêques, de contraindre par des condamnations d'amendes, les parties à se séparer, faute par elle d'obéir aux Ordonnances des Evêques.

* *C. N.*, 191. } Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel.

---

157. [Si les publications requises n'ont pas été faites ou suppléées au moyen de dispense ou licence, ou bien si les intervalles prescrits ou d'usage pour les publications n'ont pas été observés, le fonctionnaire qui célèbre un mariage sous de telles circonstances est passible d'une amende qui n'excède pas cinq cents piastres.]

157. [If the publications required were not made, or their omission supplied by means of a dispensation or license, or if the legal or usual intervals for the publications or the solemnization have not elapsed, the officer solemnizing the marriage under such circumstances, is liable to a penalty not exceeding five hundred dollars.]

---

158. [La pénalité imposée par l'article précédent est également encourue par le fonctionnaire qui, dans l'exécution du devoir qui lui est imposé, ou dont il s'est chargé, touchant la célébration d'un mariage, contrevient aux règles qui sont prescrites à cet égard par les divers articles du présent titre.]

158. [The penalty imposed by the preceding article is in like manner incurred by any officer who, in the execution of the duty imposed upon him, or which he has undertaken, as to the solemnization of a marriage, contravenes the rules prescribed in that respect by the different articles of the present title].

---

* *C. N.*, 193. } Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165 lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

---

* *Pothier, mariage,* *No.* 364. } Ces peines sont prescrites par l'Edit du mois de Mars 1697. Il y est dit : " Voulons, que si aucuns des dits Curés ou Prêtres, " tant séculiers que réguliers, célèbrent ci-après sciemment, " et avec connaissance de cause, des mariages entre des per- " sonnes qui ne sont pas effectivement de leurs paroisses, " sans en avoir la permission par écrit des Curés de ceux qui " les contractent, ou de l'Archevêque ou Evêque diocésain, " il soit procédé contre eux extraordinairement ; et qu'outre " les peines canoniques que les juges d'Eglise pourront pro- " noncer contre eux, les dits Curés et autres prêtres, tant " séculiers que réguliers, qui auront des bénéfices, soient (par " nos juges) privés, pour la première fois, de la jouissance de " tous les revenus de leurs cures et bénéfices pendant trois " ans, à la réserve de ce qui est absolument nécessaire pour " leur subsistance, ce qui ne pourra excéder la somme de six " cents livres dans les plus grandes villes ; celle de trois cents " livres partout ailleurs ; et que le surplus soit saisi à la dili- " gence de nos Procureurs, et distribué en œuvres pies, par " l'ordre de l'Evêque diocésain. "

---

159. Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil,

159. No one can claim the title of husband or wife and the civil effects of marriage, unless he produces a certificate of the marriage, as inscribed in

sauf les cas prévus par l'article 51.

the registers of civil status, except in the cases provided for by article 51.

---

* *Pothier, mariage,* No. 378. } Ce sont ces actes qui font la preuve des mariages, et qui établissent les parentés qui en naissent. Néanmoins, s'il était constaté que les registres ont été perdus, ou que le Curé n'en a pas tenu, la preuve en ce cas pourrait s'en faire tant par témoins que par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés ; (Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 14.)

La raison est que le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est requis que pour la preuve du mariage. Lorsque la preuve que fait cet acte, devient impossible, il est juste d'avoir recours à des preuves d'une autre nature.

---

* *Ord.* 1667, *tit.* 20, *art.* 7. } Les preuves de l'âge, des *mariages* et du temps du décès, seront reçues, par des Registres en bonne forme qui feront foi et preuve en justice.

* *Id. art.* 14. { Cité *suprà* sous l'art. 51, p. 419.

* *C. N.*, 194. } Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'Etat civil ; sauf les cas prévus par l'article 46 au titre des actes de l'Etat civil.

---

160. La possession d'état ne peut dispenser les prétendus époux qui l'invoquent de représenter l'acte de célébration du mariage.

160. Possession of the status does not dispense those who pretend to be husband and wife, from producing the certificate of their marriage.

[ARTICLE 160.]

* *Pothier, mariage,* Nos. 374 *à* 378. [374.] Suivant l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 8, et la déclaration du Roi du 9 avril 1736, les Curés doivent avoir chacun dans leur paroisse un double registre pour y inscrire les actes de baptêmes, sépultures et mariages. Ils doivent faire coter et parapher l'un et l'autre exemplaire, par première et dernière page, par le Juge Royal du lieu. L'un des exemplaires lui doit rester, et l'autre être envoyé après l'année révolue, au greffe de la justice royale, où il doit rester en dépôt.

Après la mort du Curé, le juge doit apposer les scellés sur ces registres ; qui doivent être remis à son successeur qui doit s'en charger.

[375.] Cité *suprà* sous l'art. 65, p. 458.

[376.] Cet acte est un acte public. Le Curé ou le prêtre qui tient sa place, fait en cela une fonction publique que nos lois lui attribuent ; et comme elle appartient à l'ordre civil, il en est comptable au juge séculier.

Quoique les religieux aient perdu l'état civil, et soient en conséquence incapables de toutes fonctions civiles, à plus forte raison des fonctions publiques, néanmoins un Religieux-Curé est dans sa Paroisse compétent pour faire ces actes ; car sa qualité de curé lui rend l'état civil, seulement quant aux droits et fonctions qui dépendent de cette qualité.

Il en est de même d'un religieux commis par l'Evêque pour le desservissement d'une cure.

[377.] S'il s'était glissé quelqu'erreur dans l'acte de célébration de mariage, le curé ne pourrait pas de son autorité le réformer : lorsque l'acte est une fois achevé, il ne peut y toucher ni rien changer. On doit pour la réformation se pourvoir devant le Juge Royal du lieu, qui, après avoir ouï sommairement les témoins nécessaires pour la justification de l'erreur qui s'est glissée dans l'acte, dont il fait rédiger un procès-verbal, rend son Ordonnance pour la réformation. Le curé à qui cette Ordonnance est apportée par la partie qui

l'a obtenue, doit la transcrire, au moins par extrait, en marge de l'acte.

[378.] } Cité *suprà* sous l'art. 159, p. 89.

---

* *Ordonnance* 1667, *tit.* 20, *art.* 8. } Cité *suprà* sous l'art. 42, p. 400.

---

* *Décln.* 1736. } Cité *suprà* sous l'art. 42, p. 400.

---

* 3 *Pand. franç.*, *p.* 319. } C. N., 195. "La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux, qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage, devant l'officier de l'état civil."

[N°. 144.] Cette disposition est une suite de la règle, que la preuve du mariage doit se faire par l'extrait des registres, où leur célébration doit être inscrite. La possession ne peut pas remplacer cette preuve; car, elle est souvent douteuse. Il arrive souvent qu'un homme, qui a sa concubine dans sa maison, lui laisse porter son nom, et souffre qu'elle prenne le titre et l'autorité d'épouse.

Chez les anciens, et notamment à Rome, où l'on n'écrivait rien, cette possession suffisait, pour constater le mariage; et ce n'était même souvent qu'à l'aide de cette possession, que l'on distinguait la femme légitime, de la concubine. L'union d'un homme et d'une femme passait pour un mariage, ou pour un concubinage, suivant la manière dont la femme avait été traitée.

Chez les nations modernes, et surtout depuis que la loi a prescrit qu'il fût dressé acte de la célébration du mariage, cette possession n'est plus d'aucune considération.

Quelque temps qu'il y ait que je demeure avec une femme, quelque nom que je lui aie donné, quelque titre, quelqu'au-

torité que je lui aie laissé prendre, soit dans ma maison, soit vis-à-vis de mes amis et de mes connaissances, en vain réclamerai-je sur elle les droits et la puissance de mari, si, le mariage étant contesté, je n'en rapporte l'acte, extrait des registres publics.

Il en sera de même, à l'égard de la femme, quoiqu'elle demeure depuis très longtemps avec moi, quoiqu'elle passe publiquement pour ma femme, et soit traitée comme telle, par tous ceux qui nous connaissent, même par moi ; elle réclamera en vain le titre et les droits de mon épouse, sur le seul fondement de sa possession d'état, si elle ne rapporte pas l'acte de la célébration de son mariage.

De même aussi, deux personnes, homme et femme, vivant ensemble, sous le même toit, en qualité de mari et femme, depuis quelque temps que ce soit, et quoique jouissant publiquement de cet état, ne pourront, si la vérité de leur mariage est attaquée, se défendre, sur le seul fondement de leur possession ; et le mariage sera regardé comme n'existant point, jusqu'à ce qu'ils en produisent l'acte par écrit, tiré des registres où il a dû être inscrit.

[No 145.] Quoique la loi ne parle que de l'acte de célébration, *devant l'officier de l'état civil*, il faut décider la même chose, d'un mariage que l'on voudrait établir, par la seule possession d'état, et qui, par la date qu'on lui assignerait, aurait dû être célébré en face de l'église. Il faudrait, de même, rapporter l'acte de célébration, tiré des registres qui se tenaient alors dans les paroisses.

Ce n'est pas néanmoins sans motifs, que la loi s'est servie des termes qu'elle emploie. Il en résulte que, quand même on rapporterait une pièce, ou acte par écrit, attestant qu'un mariage a été célébré dans une église, depuis les lois qui ont dépouillé les curés de la qualité d'officiers civils, pour ce contrat, la possession qui s'en serait suivie, ne pourrait point servir à légitimer ce mariage, et à lui communiquer les effets

civils. La raison est que, dans ce cas, il n'y a point véritablement de mariage civil. Le lien n'existe point aux yeux de la loi. Il ne peut être formé que par le concours de l'officier qu'elle a commis, et revêtu de son autorité à cet effet.

Observez que la disposition de cet article, et tout ce que nous avons dit sur elle, ne s'applique qu'aux parties mêmes. Cette règle est fondée sur ce que, ni l'une ni l'autre, si le mariage est véritable, ne peut ignorer dans quel endroit il a été célébré; et qu'en conséquence, rien ne peut les dispenser de rapporter l'acte qui en a été dressé.

---

* *C. N.*, 196. } Cité *suprà* par les *Pandectes.*

---

161. Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage est représenté, les époux sont non recevables à demander la nullité de cet acte.	**161. When the parties are in possession of the status, and the certificate of their marriage is produced, they cannot demand the nullity of such act.**

---

* 3 *Pand. franç.*, 322. } *C. N.* 196. " Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte."

[No 146.] La raison de cet article, est que, quelque soient les défauts qui peuvent se rencontrer dans cet acte, comme on l'a observé, lors des discussions; il établit la preuve du fait en lui-même. On ne peut point, en conséquence, attaquer indirectement le mariage, en demandant la nullité de l'acte, puisque cette nullité détruirait la preuve de la formation du contrat. C'est contre le mariage même qu'il faut

diriger l'attaque. Quant à l'acte, les défauts qui s'y rencontrent, peuvent donner lieu à l'amende contre l'officier qui l'a dressé, ou contre les parties, et ceux sous la direction desquels elles ont agi : jamais à la nullité.

On peut demander si, d'après les premiers termes de cet article, il peut y avoir lieu à la demande en nullité, lorsqu'il n'y a pas de possession d'état.

On invoquera, pour l'affirmative, le principe que quand, dans deux alternatives, la loi affirme de l'une, elle nie de l'autre ; ou que, dans le même cas, lorsqu'elle défend pour l'une, elle permet pour l'autre. *Qui dicit de uno, negat de altero.* Or, dira-t-on, cet article porte que *lorsqu'il y aura possession d'état*, les époux ne pourront demander la nullité de l'acte de célébration. Donc, cette action leur sera permise, quand il n'y aura point de possession d'état.

Nous répondrons que, soit qu'il y ait, ou non, possession d'état, l'acte de célébration n'en offre pas moins la preuve du fait du mariage, quels que soient les défauts dont il peut être affecté ; que tout ce qui résulte de l'absence de la possession d'état, c'est que le mariage a été tenu secret ; que si ces défauts sont de nature à opérer la nullité du mariage, ceux à qui appartient cette action peuvent en faire usage ; mais que cette absence de possession d'état ne peut pas autoriser la demande en nullité de l'acte en lui-même, puisque les défauts qui peuvent s'y trouver ne sont jamais des nullités. Il n'y a qu'une action possible contre l'acte ; c'est l'inscription de faux. Jusques là, en quelqu'état qu'il soit, il fait preuve d'un mariage quelconque, valable, ou non valable.

Ainsi, les premiers termes de cet article ne sont point une distinction. Ils ne sont qu'une forme transitoire ; et ne se trouvent là, que parce que, dans les deux articles précédents, les auteurs du code ont parlé de possession d'état.

On dira qu'il ne doit se trouver dans la loi aucun mot inutile, aucune expression oiseuse. On aura raison. Nous con-

venons que les cinq premiers termes de cet article sont de trop. Il n'en est pas moins évident qu'ils ne sont qu'une redondance, et qu'on ne peut en tirer aucune induction. La seule conséquence que l'on pourrait en faire résulter, est clairement fausse.

---

162. Si néanmoins, dans le cas des articles 159 et 160, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est appuyée sur une possession d'état qui n'est pas contredite par l'acte de naissance.

162. Nevertheless, in the case of articles 159 and 160, if there be children issued of two persons who lived publicly as husband and wife, and who are both dead, the legitimacy of such children cannot be contested solely on the pretext that no certificate is produced, whenever such legitimacy is supported by possession of the status uncontradicted by the act of birth.

---

* *Cod.*, *lib.* 5, *tit.* 4, *L.* 9, *De Nuptiis.* } Si vicinis, vel aliis scientibus, uxorem, liberorum procreandorum causâ domui habuisti, et ex eo matrimonio filias suscepta est : quamvis neque nuptiales tabulæ, neque adnatam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem.

---

* *ff.*, *lib.* 22, *tit.* 3, *L.* 14 *de probat.* } Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur ? Et, si quidem in possessione libertini-

tatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse : Sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, (scilicet ejus, qui ei controversiam movet,) hoc probare debet qui eum dicit libertum suum : quid enim interest, servum suum quis, an libertum contendat ? Si quis autem fiducia ingenuitatis suæ ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem (hoc est, ingenuum se esse, ut pronuncietur) an obtemperare ei debeat, tractari potest ? Et non abs re esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum, et sententiam secundum se dandam : cum nulla captio intercedat juris.

---

* 2 *Cochin, Plaidoyer Bourgelat. Edition Paris* 1788. [P. 158]. Question : *Suffisance de la possession d'état.*

Contester à un citoyen l'état dont il a toujours été en possession, qu'il a trouvé établi par les titres de sa filiation, qu'une longue suite d'actes, que des reconnaissances réitérées à chaque instant de sa vie, et qu'une possession publique et non interrompue de ce même état, ont confirmé, c'est une action toujours odieuse, qui porte le trouble dans les familles, et qui par la contagion de l'exemple peut devenir funeste à la société.

Mais l'indignité de l'action redouble, lorsque pour soutenir cette contestation, des enfans, au lieu de s'acquitter envers leur père, à qui ils doivent la vie, l'éducation et une fortune opulente, s'élèvent contre sa mémoire, pour lui reprocher des excès aussi contraires à la religion qu'à l'honnêteté publique.

Tel est le caractère de l'action intentée par les défendeurs. Nés d'un même père que feu Barthélemy Bourgelat, mais d'un second mariage, ils voudraient obscurcir la gloire du premier, et le réduire à la honte du concubinage : enfants dénaturés, qui ne craignent point de déshonorer leur père, pour profiter seuls du fruit de ses longs travaux ; frères qui veulent enlever à leur aine la gloire d'une naissance légi-

time, pour s'appliquer sa portion héréditaire : la cupidité a étouffé en eux tous les sentimens de la nature.

Mais ce n'est point assez découvrir toute l'indignité de leur action, qui les emporte jusqu'à flétrir eux-mêmes la mémoire de leur père qu'ils représentent plongé dans un horrible libertinage, il faut encore établir qu'elle choque tous les principes de l'équité naturelle, qu'elle est condamnée par les dispositions des loix et par la jurisprudence des arrêts.

[*P.* 178.] De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, il n'y en a point de plus solides, de plus puissantes que celle de la possession publique. L'état n'est autre chose que le rang et la place que chacun tient dans la société générale des hommes, et dans les sociétés particulières que la proximité du sang forme dans les familles ; et quelle preuve plus décisive pour fixer cette place, que la possession publique où l'on est d'en occuper une depuis que l'on est au monde.

Les hommes ne se connaissent entr'eux que par cette possession ; celui-ci a toujours connu un tel pour son père, une telle pour sa mère ; celui-là pour son frère, les autres pour ses cousins ; il a été de même reconnu par eux ; le public a été instruit de cette relation. Comment, après trente ou quarante ans, changer toutes ces idées, détacher un homme d'une famille dans laquelle il est, pour ainsi dire, enraciné par tant d'actes et de reconnaissances géminées ; c'est dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble ; c'est en quelque manière rendre tous les hommes étrangers les uns aux autres. On ne se reposera plus sur la foi publique, et sur une longue habitude de se reconnaître dans un certain degré de parenté ; le frère se tiendra en garde contre son frère, qui dans peu pourra cesser de l'être, si la possession publique ne le rassure plus contre de telles révolutions : en un mot, c'est ébranler les fondemens de la tranquillité publique, que de

ne pas reconnaître l'autorité de la possession publique de l'état.

Celui qui l'a en sa faveur, n'est point obligé de remonter à d'autres preuves, elle tient lieu de tous les titres que les ordonnances désirent ; elle supplée aux actes de célébration de mariage, aux extraits baptistaires, et à tous les actes qui sont ordinairement employés pour fixer l'état des hommes.

Mais si ce principe est si nécessaire en lui-même, il devient encore plus sacré, quand on oppose aux enfans qu'ils ne rapportent pas l'acte de célébration de mariage de leurs père et mère. La raison décisive est, que ce titre n'est point personnel aux enfans ; les titres qui leur sont propres, sont leurs extraits baptistaires ; ils sont obligés d'en justifier, ou de suppléer à ces titres essentiels par d'autres actes, et principalement par les papiers domestiques des père et mère décédés ; et si tout cela leur manque, la possession publique de l'état vient à leur secours ; mais il n'y a jamais eu ni loi ni ordonnance, qui ait exigé qu'ils portent la preuve jusqu'à établir que la qualité de mari et de femme, prise en tout tems par leurs père et mère, leur a appartenu légitimement, elle se supplée de droit, dès qu'ils ont eu publiquement des enfans, qu'ils ont élevés comme des fruits précieux d'une union légitime ; les enfans n'ont donc à prouver que leur état ; cet état, bien établi par la possession publique, fait présumer de droit celui des père et mère, sans que l'on soit obligé de remonter jusqu'à l'acte de célébration de leur mariage.

En effet, ce serait réduire très-souvent les enfans à l'impossible. Combien y en a-t-il, qui élevés tranquillement sous les yeux de leurs parens, n'ont jamais pensé à demander où leur père avait été marié, et qui interrogés sur ce point après la mort de leur père, seraient absolument hors d'état d'y répondre ? Combien y en a-t-il qui ne savent pas même où leur père demeurait dans le tems de son mariage ? D'ailleurs combien de mariages, se font avec dispense du Curé des parties,

dans des paroisses éloignées ? Enfin combien y en a-t-il, qui comme Pierre Bourgelat avec la Demoiselle Terrasson, n'ont fait rédiger leur mariage que sur une feuille volante, qui peut périr par mille accidens ? Comment des enfans, qui n'ont jamais demandé compte à leur père de la légitimité de son mariage, iront-ils découvrir cette paroisse étrangère ? Comment trouveront-ils cette feuille volante, que des parens avides de la succession de leur père auront enlevée ? Faudra-t-il que des enfans, tristes victimes de ces malheureux évènements, auxquels il ne leur était pas possible de parer, perdent leur état, et soient privés des honneurs d'une naissance légitime.

(*En matière d'état, on ne remonte point à l'état de ses auteurs.*)

Si la nécessité de remonter ainsi jusqu'aux titres de ses auteurs est une fois admise, cela n'aura plus de bornes. Un fils qui viendra par représentation de son père à la succession de son aïeul, sera donc obligé de rapporter, non seulement l'acte de célébration du mariage de son père, mais encore celui de son aïeul qui a pu changer vingt fois de domicile en sa vie, sans que ses petits-fils en aient aucune notion. Ce que l'on dit de l'aïeul, il le faudra dire quelquefois du bisaïeul, et ainsi à l'infini ; ce qui dégénère dans une absurdité manifeste.

Jamais on n'a porté l'inquisition à de tels excès ; on s'est toujours reposé sur la foi publique ; dans toutes les circonstances où la légitimité est nécessaire, jamais elle ne s'établit que par l'extrait baptistaire de celui qui se présente. S'agit-il de recevoir un magistrat, d'ordonner un prêtre ? Son extrait baptistaire suffit, et jamais on n'a demandé l'acte de célébration de mariage des père et mère. Pourquoi cela ? C'est que l'enfant dont l'état est assuré par les titres qui lui sont personnels, ne peut être obligé de rapporter les titres de ses auteurs ; c'est que l'autorité des titres personnels de l'enfant et leur exécution, prouvent par elles-mêmes l'existence des titres de ses auteurs, quoiqu'ils ne soient pas rapportés ; et pour tout dire en un mot, c'est que la possession pu-

blique suffit par elle-même : c'est à ceux qui la combattent après cela à rapporter des titres contraires ; mais tant qu'il n'en paraît pas, on défère, et on doit nécessairement déférer à cette possession.

Il en est de même dans beaucoup d'autres matières. Un acquéreur, un résignataire, quoiqu'ils tirent leur droit de celui à qui ils succèdent, ne sont point obligés de justifier de ses titres ; sa possession paisible leur suffit. Dans les questions d'état, le même principe est encore plus invincible, parcequ'il serait d'une bien plus grande conséquence d'y donner atteinte.

C'est aussi l'esprit de toutes les loix ; elles annoncent partout l'autorité de la possession dans les questions d'état ; elles décident qu'avec le secours de cette possession, la perte des titres est réparée ; que les erreurs qui peuvent s'être glissées dans quelques actes, sont sans conséquence. *Statum tuum natali professione perditâ mutilatum non esse certi juris est*, dit une loi ; ainsi l'état, pour ainsi dire, se suffit à lui-même, la possession publique n'a pas besoin du secours des titres de la naissance ; s'ils existent, mais d'une manière défectueuse, la possession les rectifie, c'est la disposition d'une autre loi : *Imperator Titius Antoninus rescripsit, non ledi statum liberorum, ob errorem instrumenti malè concepti :* ce qui a fait dire à *Mornac* sur la loi 6, au ff. *de his qui sunt sui vel alieni juris : Statis esse ad ejusmodi de natalibus quæstiones ut quis nominetur filius, et publicè agnoscatur, passimque habeatur, et credetur apud omnes.*

Il n'y a point de loi plus décisive sur cette matière que la loi 9, au Cod. *de nuptiis* ; elle est précisément dans l'espèce de la cause : *Si vicinis vel aliis scientibus* etc.

Dans l'espèce de cette loi il n'y avait ni titre qui prouvât le mariage, ni acte qui établit la naissance de l'enfant, cependant l'un et l'autre sont inébranlables ; pourquoi cela ? C'est que la femme a vécu aux yeux de tout le voisinage comme femme légitime, c'est que l'enfant a été élevé de même comme

le fruit de leur union, *vicinis vel aliis scientibus*. C'en est assez pour assurer son état, malgré la perte de tous les titres.

La Jurisprudence des arrêts se joint ici à la décision des loix pour affermir ce principe ; on ne citera pas ici tous ceux qui ont maintenu des enfans sur la seule foi de la possession, le nombre en serait infini.

[*P.* 185.] Troisièmement, tout est favorable quand il s'agit de former l'état d'un enfant, tout est odieux dans ce qui tend à le faire perdre. Dans le doute, il faut toujours pencher pour conserver l'honneur des citoyens ?

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 325 *à* 327. } (No. 147.) Cette disposition est puisée dans la loi 9, au code *de nuptiis*. Elle était aussi un des points les plus constans de notre ancienne Jurisprudence.

Dans l'origine de la civilisation, avant que l'écriture fût connue, et que l'on eût établi des registres, l'état des citoyens ne pouvait se distinguer que par la possession. Comme elle était la seule preuve du mariage, elle était aussi la seule de la filiation. Les familles se formaient par le mariage. Les enfans étaient élevés dans la maison des père et mère, comme les fruits de l'union conjugale. Les rapports des différens membres de la famille se confirmaient de jour en jour par la notoriété. Ils se connaissaient, ils étaient connus des autres comme frères et sœurs, comme oncles et neveux, comme cousins, par l'habitude journalière de se donner, et de recevoir ces qualités.

C'était, en conséquence, la possession seule qui fixait l'état des hommes. C'était l'unique espèce de preuve qui fût connue.

Depuis, et après l'invention de l'écriture, les législateurs ont porté plus loin les précautions. Ils ont établi des registres publics, où la preuve de l'état des citoyens a dû être consignée, mais cette preuve nouvelle n'a point détruit celle résultante de la possession. Ces deux genres de preuves se

prêtent au contraire un secours mutuel, se fortifient, et se sou tiennent l'un par l'autre. Si par quelque circonstance que ce soit, la possession devient équivoque, le titre primordial en répare les vices ; et celui-ci, en certains cas, peut être rectifié par la possession.

C'est donc sur ces deux genres de preuves, que porte l'état des hommes. Celle qui résulte de la possession publique, est la plus ancienne. Celle des registres publics, est la plus nouvelle, et la plus authentique. Quand elles se prêtent un secours mutuel, tous les doutes disparaissent. Quand elles ne sont pas unies, la possession doit déterminer : à moins que le titre écrit ne lui soit diamétralement contraire.

(*No.* 148.) A l'égard des actes, ou extraits des registres, ils sont propres et personnels à ceux qui réclament un état ; ou ils ne le sont point.

Dans le premier cas, ils ne peuvent se dispenser de rapporter le titre constitutif de l'état auquel ils aspirent ; ou de prouver qu'ils sont dans la juste impossibilité de le faire, soit par la non existence, soit par la perte des registres. Et alors ils doivent y suppléer par d'autres actes, qui forment au moins un commencement de preuve par écrit, capable de faire admettre la preuve par témoins. Ainsi, un homme, ou une femme, qui réclame la qualité d'époux, doit rapporter l'acte de célébration du mariage ; ou établir, soit qu'il n'y ait point eu de registres dans l'endroit où il s'est marié, soit que depuis, ces registres ont été perdus ou détruits. Il en est de même de celui qui réclame la qualité d'enfant, à l'égard de son acte de naissance.

La raison est que ces actes sont, comme le dit M. d'Aguesseau (47e. Plaidoyer, tome 4 de ses œuvres), la grande, l'unique preuve de l'état des hommes. Qu'on renverse cette preuve, dit-il, tous les fondements de la société civile sont ébranlés. Il n'y a plus rien de certain parmi les hommes, si l'on retranche cet argument.

[ARTICLE 162.]

Mais, dans le second cas, c'est à-dire, si l'acte n'est pas propre et personnel à celui qui réclame un état, il ne peut pas être indistinctement tenu de le rapporter, parcequ'il ne lui est pas toujours possible de se le procurer ; et alors, c'est la possession qui forme la preuve principale, et la plus forte de son état.

Tel est l'acte de célébration de mariage des père et mère dont on se prétend issu. Ce serait souvent réduire un enfant à l'impossible, que de le forcer à rapporter cet acte. Elevé tranquillement dans la maison paternelle, il n'a jamais pensé à demander où ses père et mère avaient été mariés. Souvent même il ignore où ils demeuraient lors de leur mariage.

Il n'y a donc plus que la possession d'état, qui puisse venir à son secours. L'état, en effet, est le rang et la place que chacun tient dans la société générale des hommes, et dans la société particulière que la proximité du sang forme dans les familles. Et nulle preuve plus décisive ne peut fixer cette place, que la possession publique où l'on est d'en occuper une depuis que l'on est au monde. C'est assez, pour m'assurer l'état d'enfant légitime d'un tel et d'une telle, que j'aie toujours porté leur nom, que leurs parens m'aient reconnu pour le leur, et que le public m'ait constamment regardé comme tel.

Les hommes, en effet, comme le dit Cochin, ne se connaissent entre eux que par cette possession. Celui-ci a toujours connu un tel pour son père, une telle pour sa mère. Celui-là pour son frère, les autres pour ses cousins. Il a été de même reconnu par eux, le public a été instruit de ces relations. Comment, après trente ou quarante ans, changer toutes ces idées ; détacher un homme d'une famille, dans laquelle il est, pour ainsi dire, enraciné par tant d'actes, et de reconnaissances géminées ? C'est dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble : c'est, en quelque manière, rendre tous les hommes étrangers les uns aux autres.

[ARTICLE 162.]

Rien n'est donc plus fort, en matière d'état, que l'autorité de la possession. Elle répare la perte des titres. Elle rectifie les erreurs qui peuvent s'y être glissées. *Statum tuum natali professione perditâ, mutilatum non esse, certi juris est. Imperator Titius Antoninus rescripsit, non in lædi statum liberorum, ob errorem instrumenti malè concepti. (ff. tit. de Statu homin.)*

Ainsi, soit que le titre soit défectueux, soit qu'il ne se trouve pas, la possession le rectifie ou le remplace (Despeisses, tome 2, pages 35 et 361.—Lebrun, des Success. liv. 1, ch. 4, sect. 1-2-3.)

Ceux dont vous prétendez être fils légitime, ont toujours vécu publiquement ensemble, sous les titres d'époux et d'épouse. Ils ont été connus sous ces qualités, par leurs voisins, par leurs amis, par tous ceux avec qui ils ont eu des relations.

Vous même, avez été élevé par eux, comme le fruit de ce mariage. Vous avez toujours été connu comme leur fils. Cependant, vous ne rapportez pas l'acte de célébration de leur mariage ; et votre acte de naissance en les désignant comme les auteurs de vos jours, ne leur donne pas la qualité de mari et femme.

Il n'importe. La possession supplée le premier acte. Elle rectifie le second ; et vous êtes incontestablement l'enfant légitime de ceux que les reconnaissances habituelles, et d'eux, et du public, vous assignent pour père et mère.

(*No.* 149.) Mais, pour que la possession opère seule cet effet il faut que les père et mère soient tous ceux décédés. Si l'un des deux existe encore, rien ne peut le dispenser de produire l'acte de célébration de son mariage, qui lui est personnel, et que rien ne peut l'empêcher de se procurer. Dans ce cas, sa possession et la vôtre vous seront également inutiles. La vérité du mariage ne pouvant être établie que par l'extrait des registres où elle a dû être consignée, si ce titre n'est pas rapporté, vous prétendrez vainement à la légitimité.

Cependant, Soëfve rapporte (Tome 1, cent. 3, ch. 17) un ar-

rêt du 7 juin 1676, qui a adjugé à une veuve, la donation à elle faite par contrat de mariage, sur le seul fondement de la possession, quoique, non seulement, elle ne rapportât pas l'acte de célébration, mais même que cet acte ne se trouvât pas sur les registres de la paroisse où elle prétendait que le mariage avait été célébré. Soëfve observe que ce qui détermina le Parlement de Paris, par qui cet arrêt a été rendu, fut la grande réputation de probité du mari défunt, qui avait toujours passé pour un homme d'honneur, de mérite et de vertu.

La loi actuelle étant expresse et impérative, toutes ces considérations ne pourraient plus faire aucune impression.

Dès que l'un des deux individus, auxquels on veut attribuer le titre d'époux, est vivant, il est impossible d'établir la vérité du mariage, autrement que par la représentation de l'acte de célébration.

[*No.* 150.] Il faut, en second lieu, que la possession ait le caractère requis pour constituer l'état. Ces qualités sont le nom, les soins de ceux que l'on réclame pour père et mère, et l'opinion publique. C'est ce que l'on appelle en droit, *nomen, tractatum et famam.*

Il faut donc, d'abord, que le titre de la naissance attribue à celui qui prétend entrer, ou être membre d'une famille, le nom de celui qu'il se donne pour père ; il faut qu'il ait porté ce nom.

Il faut ensuite qu'il ait reçu de ceux qu'il réclame pour ses père et mère, le traitement paternel, qu'il ait été élevé par eux, qu'il en ait reçu les soins que des pères et mères donnent à leurs enfans. Tels sont la nourriture, l'entretien, l'éducation. Il faut qu'il ait été connu et traité, comme parent, par les parents des pères et mères. C'est là ce qui constitue ce que l'on appelle *tractatum.*

Il faut enfin qu'il ait été connu des voisins, des amis des pères et mères, comme leur fils ; qu'il ait passé pour tel aux yeux du public : c'est ce que l'on appelle *famam* [Lebrun, des

succes. liv. 1, ch. 4, s. 2, N. 8.—Despeisses, tome 2.—Bretonnier, sur Henrys.—Soëfve, tome 1, cent. 3, ch. 17.]

Quand la possession a tous ces caractères, celui qui l'a en sa faveur, n'est point tenu de rapporter l'acte de célébration de mariage de ses père et mère. C'est alors à ceux qui contestent l'effet de la possession à démontrer que le titre lui est contraire (L. 14, ff., de Probat.—Lebrun, *eod.*)

Dans ce cas aussi, c'est-à-dire, quand la possession d'état réunit les trois caractères que nous venons d'indiquer, il n'importe qu'elle ait été, dans quelques occasions, contredite par les père et mère, parcequ'il ne dépend pas d'eux de changer l'état de leurs enfans, ou de les en priver. Lorsqu'une fois, un père a reconnu un enfant comme son fils légitime, il ne peut plus lui nuire par des déclarations contraires. Il en est de même de la mère (L. 29. §. 1, ff de Probat. l. 14, *Cod. eod.* Despeisses, tome 2, p. 387.—Lebrun, *eod.* c. liv. 1, ch. 4. sect. 2, N. 7.—Nov. 74, cap. 5.—Bretonnier, sur Henrys, tom. 1, liv. 6, quest. 38.—D'Aguesseau, tom. 3 et 4.—Cochin, tom. 1. 3. 4).

On sent que les faits qui constituent la possession, ne peuvent guère être prouvés que par des témoins. Mais il ne suffit pas de les alléguer, pour être admis à cette preuve. Il faut administrer d'abord un commencement de preuve par écrit. On ne peut pas conquérir un état par de simples allégations. Quelques graves, quelques circonstanciés que soient les faits que l'on articule, si l'on ne rapporte aucun acte, aucun écrit, aucune pièce qui serve au moins de fondement à la réclamation, on n'obtiendra jamais la permission d'établir ces faits par des dépositions. C'est la décision de la fameuse loi 2, au Code *de Probationibus*, consacrée par toutes nos Ordonnances, et renouvelée par le code civil.

Vous articulez la possession d'état de fils d'un tel et d'une telle, dont vous ne rapportez pas l'acte de célébration de mariage ; mais vous représentez votre acte de naissance, qui

vous donne cette qualité. Vous serez admis à la preuve testimoniale des faits de possession, parce que vous avez un commencement de preuve par écrit d'un grand poids. S'il n'y a point eu de registres, ou qu'ils soient perdus, en sorte que vous ne puissiez pas rapporter votre acte de naissance, il faut au moins établir par les registres, ou papiers domestiques de celui que vous vous donnez pour père, ou par quelqu'écrit émané de lui, qu'il vous a reconnu et traité comme son enfant légitime. En un mot, il faut, en matière d'état, avoir, dans les registres publics surtout, au moins, dans des monuments dignes de foi, une première preuve de filiation. Quand on est dénué de ce secours, la preuve testimoniale ne peut être, ni proposée, ni admise.

[*No.* 151.] Remarquez que la possession d'état se compose nécessairement, surtout des deux premiers des trois caractères que nous avons indiqués. Elle doit indispensablement réunir *nomen* et *tractatum*.

Les soins que l'on a reçus d'une personne, les bienfaits que l'on en a obtenus, les marques d'affection, même de tendresse qu'elle a données à un individu, ne peuvent pas suffire pour la faire regarder comme père, ou mère, si l'individu qui a été l'objet de ces soins, de ces bienfaits, de ces marques d'affection et de tendresse, n'a aucun titre, aucun acte qui lui confère le nom de leur auteur; et qu'il ne l'ait jamais porté.

On en trouve un exemple fameux au quatrième tome des œuvres de Cochin, dans l'affaire de la dame de Bruix.

Elle se prétendait fille des sieur et dame de la Ferté, et le fruit d'un accouchement secret. Elle articulait des faits très graves. Elle avait été élevée, depuis sa naissance, par a dame de la Ferté. Elle avait été mariée et dotée par elle. Elle rapportait une foule de lettres, dans lesquelles la dame de la Ferté lui donnait les témoignages de la plus profonde tendresse, mais elle n'avait jamais été connue sous le nom de la Ferté. Aucun titre, aucun acte, aucune pièce ne

le lui donnait. Jamais elle ne l'avait reçu, ni des parents des sieur et dame de la Ferté, ni du public.

En conséquence, la dame de Bruix fut déclarée non recevable, par arrêt rendu en la grand'chambre, le 9 avril 1737.

En effet, on peut prendre en amitié un enfant, en avoir soin, s'attacher à lui de plus en plus, par le bien même qu'on lui fait, concevoir enfin pour lui une très grande tendresse, sans que cet enfant nous appartienne par les liens du sang. Tous ces faits sont donc équivoques et impuissants, quand ils ne sont pas soutenus par quelque autre preuve de filiation.

[N° 152.] La possession d'état doit, en général, comme nous l'avons dit, être soutenue par l'acte de naissance. Il s'ensuit qu'elle est sans force, et serait inutilement prouvée, si elle se trouvait contredite par cet acte.

C'est un principe général, que la possession, pour opérer son effet, doit être conforme au titre, *ad primordium tituli referri debet* (*Dumoulin*, *in consuetud. Paris. tit. de Præscript.*)

Toutes les fois que la possession est contraire au titre, elle s'évanouit, et ne peut rien produire. C'est en ce sens que l'on dit, qu'il vaut mieux n'avoir point de titre, que d'en avoir un vicieux. C'est donc en vain que vous réclamez, sur le fondement de la possession, l'état d'enfant légitime, si votre titre vous constitue bâtard.

Il arrive souvent, en effet, que l'on a dans sa maison un enfant naturel qui y est élevé et traité comme les autres enfans. Il porte le nom de son père, et le public, qui ne connaît pas le vice de sa naissance, le regarde comme le fruit du mariage. Cet enfant a pour lui les trois caractères qui constituent la possession d'état. Il a *nomen*, *tractatum et famam*. Mais le titre de sa naissance le constitue bâtard ; sa possession lui devient inutile. Elle ne pourra point avoir la vertu de lui donner l'état d'enfant légitime.

[ARTICLE 162.]

* *Merlin, Rép., vbo. Légitimité, s. 1, § 2.* } *Qu'est-ce que l'état ?* " C'est (répond M. Elie de Beaumont, dans " un de ses plus beaux mémoires, celui pour la dame d'Anglure) la réunion des rapports par lesquels un homme " tient à d'autres hommes dans la société.

" Par cela seul, on conçoit que la possession doit être du " plus grand poids en matière d'état, parce qu'elle ne dépend " pas de la seule volonté, du seul fait de celui qui la présente en sa faveur, et qu'elle exige nécessairement le libre " concours de ceux dont les relations avec lui constituent son " état. On ne se fait pas tout seul fils, père, époux ou frère ; " il faut nécessairement qu'il y ait d'autres êtres au regard " desquels on ait ces qualités. On est individuellement et " abstractivement homme par cela seul qu'on existe ; mais " par cela seul qu'on existe, on n'est point le fils de tel ou tel, " si l'on n'est en même temps le petit-fils de son père, le petit-neveu de son oncle, le frère de son fils, l'oncle de son petit-fils, et le beau-frère de son gendre. Or, ces divers rapports, " on n'est pas le maître de se les donner à soi-même ; il faut " nécessairement qu'on les tienne de l'aveu, des reconnaissances de ceux avec lesquels les rapports nous lient. Un " enfant dans son berceau ne se crée point de parenté avec " tout ce qui l'environne ; il ne le pourrait, ni par sa volonté, " puisqu'il n'en a point encore, ni par sa force, puisqu'il n'en " a point davantage. Il n'est donc que ce qu'on l'a fait être, " que ce qu'on a voulu qu'il fût. Et de là le poids irrésistible de la possession en matière d'état, parce qu'étant nécessairement l'ouvrage de tant de personnes à la fois, et ne " pouvant jamais l'être de celui qui y a le principal intérêt, " puisqu'il n'a pu, en sortant du sein de sa mère, ni se la " donner, ni la refuser, elle porte nécessairement un caractère de vérité, et exclut toute idée d'usurpation ou d'injustice."

Un autre motif encore de la force donnée à la possession

d'état par les lois de tous les peuples policés, se tire de la pudeur publique. Il est bien rare en effet qu'un homme soit assez effronté pour vouloir induire en erreur ses amis, ses proches et la société entière sur un objet aussi important : la supposition ou la suppression d'état réunissent tant de crimes à la fois, qu'on ne peut les présumer; et de là, il faut bien regarder la possession d'un état, comme l'interprète et la preuve de la vérité même de cet état. Il existe même une loi solennelle qui donne à cet argument la plus grande force. Nous voulons parler de la déclaration de 1697, qui autorise le ministère public à se faire justifier, dans l'année, du titre légal de la cohabitation de deux personnes de différents sexes qui vivent ensemble. Son silence est un hommage qu'il rend à la pureté, à la légitimité de la liaison qui les unit, et conséquemment à la possession légitime des enfans qui naissent d'eux.

Un troisième motif, enfin, qui donne parmi nous tant de poids à la possession d'état, est la force qu'elle ajoute au titre même. La mauvaise foi peut soulever des contestations sur le titre ; elle peut imaginer de faux systèmes pour le combattre; elle peut calomnier nos lois, en les accusant d'imperfection sur ce point. Mais il est impossible de contester l'influence de la possession. La possession se suffit à elle-même ; elle n'a besoin d'aucun secours étranger ; et ce n'est pas seulement en matière d'état que les tribunaux lui reconnaissent cette puissance, c'est dans tous les autres cas. Tous les jours, la loi maintient un homme dans la possession d'un champ qu'il a pu usurper pendant l'absence ou la longue négligence du propriétaire ; et elle le maintient, par cela seul qu'il possède, sauf ensuite à attaquer sa possession par un titre contraire. Comment donc n'aurait-elle pas maintenu celui qui a pour titre une possession qu'on ne peut l'accuser de s'être attribuée à lui-même, puisqu'elle existe aussi anciennement que lui, et du moment même de sa naissance.

[ARTICLE 162.]

* *Toullier, p.* 498. } (No. 596.) Il n'en est pas aïnsi des enfants, qui peuvent ignorer le lieu où le mariage de leurs père et mère a été célébré. L'art. 197 les dispense de représenter cet acte de célébration pour prouver leur légitimité ; mais il existe trois conditions :

La première, que les deux époux soient décédés ;

La seconde, qu'il y ait possession d'état de la part des père et mère ;

La troisième, que l'acte de naissance des enfants soit conforme à cette possession.

(*No.* 597.) On entend, en général, par possession d'état, la notoriété qui résulte d'une suite non interrompue de faits tendant à prouver l'état dont une personne a joui dans la société et dans la famille.

Ainsi, deux personnes qui ont toujours vécu publiquement comme mari et femme, et qui ont passé pour tels, sans contradiction, ont la possession de l'état de mari et femme.

---

* 2 *Toullier, No.* 848 *et suiv.* } " La filiation parfaite des enfans lé- " gitimes se prouve par les actes de " naissance inscrits sur les registres de l'état civil " (319).

C'est par l'acte de naissance que l'on fait son entrée dans le monde (Cochin, Plaidoyer Bourgelat) ; c'est à la faveur de ce passeport que l'on peut être admis et reconnu dans une famille. A quoi peut-on se reconnaître pour parens les uns des autres ? Il faut d'abord qu'un acte de naissance assure l'existence d'une telle personne, d'un frère, d'un oncle, d'un neveu.

" Ces actes, dit D'Aguesseau, sont la grande et presque l'u- " nique preuve que l'on puisse avoir de l'état des hommes. " Qu'on renverse cette preuve, tous les fondements de la so- " ciété civile sont ébranlés ; il n'y a plus rien de certain par- " mi les citoyens, si l'on retranche cet argument. Qu'on dise " tant qu'on voudra que ce principe est douteux, que rien

"n'est plus facile à altérer, à dissimuler, à changer même, "que le contenu de ces actes de naissance, toutes ces ré- "flexions sont justes ; mais quelque douteuse que puisse être "cette preuve, tout sera encore plus douteux, si on ne l'ad- "met pas, si on la rejette sans des preuves convaincantes de "fausseté."

Les actes de naissance font donc foi jusqu'à inscription de faux (45).

Mais de quelles choses et contre quelles personnes, les actes de naissance font-ils foi ? Quelles preuves, ou quels commencements de preuves peuvent résulter de ces actes, tant en faveur des enfans légitimes que des enfans naturels ? C'est ce qu'il faut examiner avec attention.

(*No.* 849.) Les actes de naissance sont destinés à prouver deux faits très-importants, la naissance et la filiation ; c'est-à-dire. 1o Qu'un enfant est né ; 2o qu'il est fils de tel père ou de telle mère.

(*No* 850.) De ces deux faits consignés dans l'acte, l'officier de l'état civil atteste le premier comme certain, parce qu'il a toujours une connaissance certaine qu'on lui a présenté un enfant, qu'il a été présenté par telles personnes, en présence de telles autres, qu'on lui a donné tels prénoms, que les comparans ont signé ou n'ont pas signé.

L'acte de naissance fait donc une preuve complète de tous ces faits jusqu'à l'inscription de faux.

(*No.* 851.) Quant à la filiation, c'est-à-dire que l'enfant est né de tel père et de telle mère, l'officier de l'état civil ne peut l'attester comme un fait dont il ait une connaissance personnelle. Il atteste seulement que telles personnes lui ont déclaré que l'enfant est né de telle mère et de tel père.

Il en est de même du jour et du lieu de la naissance, que l'officier civil ne peut attester que sur la foi de la déclaration des personnes qui lui présentent l'enfant.

(*No.* 852.) On ne peut donc, sans attaquer la véracité de

l'acte, et, par conséquent sans l'inscrire en faux, soutenir qu'il n'est pas né d'enfant, qu'il n'en a pas été présenté à l'officier de l'état civil, qu'il n'a pas inscrit les noms des père et mère qui lui ont été déclarés, que telles personnes n'étaient pas présentes ou qu'elles n'ont pas signé.

Mais on peut, sans attaquer la véracité de l'acte ni celle de l'officier de l'état civil, attaquer la véracité de la déclaration, et soutenir que l'enfant a un autre père ou une autre mère que ceux qui ont été inscrits d'après la déclaration qui en a été faite.

---

* I *Delvincourt*, *p.* 73. } [(7)] *Sont décédés tous deux.* Il suffisait anciennement qu'il y eût un seul époux décédé, pour que les enfans furent dispensés de rapporter l'acte de célébration du mariage de leur père et mère. On pensait qu'il ne fallait pas laisser à l'un des époux la faculté de priver l'enfant de son état par une réticence coupable. L'on exige aujourd'hui que les deux époux soient décédés (et il en serait probablement de même, s'ils étaient dans l'impossibilité de manifester leur volonté, *putà*, en état de démence, fureur, imbécilité, &c.,); et je pense qu'on a bien fait. Il est difficile de supposer qu'un père ou une mère haïsse ses enfants, au point de vouloir les priver de leur état, au risque de passer eux-mêmes pour concubins; et, si cela arrivait, ce serait un de ces malheurs résultant de l'imperfection qui caractérise en général les ouvrages des hommes Mais cela n'est pas à comparer au danger qu'il y aurait, de procurer à des enfans, issus d'un commerce criminel, la faculté d'acquérir l'état d'enfans légitimes, par une possession d'état, toujours si aisée à acquérir, lorsque le père et la mère sont d'accord pour la favoriser.

Mais, dira-t-on, ce dernier inconvénient aura également lieu après la mort des deux époux. Je réponds que c'est ordinairement après la mort de l'époux premier décédé, que s'élève la

question d'état, relativement à la succession de cet époux. Et par conséquent, si cette question est jugée une fois contre l'enfant, elle ne peut plus être renouvelée après la mort de l'époux survivant. Je sais bien que cela peut arriver autrement, si, par exemple, la succession de l'époux premier décédé, est plus onéreuse que profitable et que, par conséquent, personne n'ait intérêt de contester l'état de l'enfant. Mais c'est encore un cas particulier que la loi n'a pas dû considérer ; et il n'était possible, d'un autre côté, de priver les enfans d'un état qu'ils sont censés posséder, et cela pour défaut de représentation d'un acte qui a été passé avant leur naissance.

Quid, si l'un des époux existe, mais que ce soit lui qui conteste la légitimité pour raison du défaut de représentation de l'acte de célébration ? Il me semble que, dans ce cas, l'époux devrait être déclaré non-recevable. En effet, nous avons vu que la disposition qui oblige l'enfant qui a encore père ou mère, de représenter l'acte de célébration du mariage, est fondée sur ce qu'on ne peut s'opposer que l'époux vivant veuille, au prix de son propre déshonneur, faire déclarer ses enfans illégitimes. Or, ici cette présomption se détruit par le fait. D'ailleurs, en se décidant par la fin de non recevoir le jugement n'aura d'effet qu'à l'égard de l'époux, et n'empêchera pas que la question d'état ne soit débattue ultérieurement par d'autres intéressés.

[(9.)] Ainsi il ne suffit pas que l'enfant ait la possession d'état d'enfant légitime ; il faut encore que les père et mère soient morts en possession de l'état d'époux légitimes. *Sic* jugé, et avec raison, à Paris, le 11 mai 1816. (Sirey, 1817 ; 2e. partie, page 44).

[(10.)] *Qui ne soit pas contredite par leur acte de naissance.* Cela ne veut pas dire qu'ils sont obligés de représenter leur acte de naissance ; car la possession d'état y supplée (art. 320). D'ailleurs, l'article ne dit pas qu'il faut que la possession soit conforme à l'acte, mais qu'il faut qu'elle ne soit pas contre-

dite par cet acte. Or, si l'acte n'est pas représenté, l'on ne peut dire qu'il y a contradiction. Mais, s'il est représenté, et que l'enfant, par exemple, y soit qualifié de *fils naturel*, il y a contradiction ; et l'enfant est tenu alors de rapporter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère.

Ainsi donc lorsque l'acte de naissance est représenté, l'on peut supposer trois cas, relativement à l'enfant qui a en sa faveur la possession d'état d'enfant légitime, et dont les père et mère ont eu la possession de l'état de mari et de femme, et sont tous deux décédés.

Ou l'acte de naissance porte qu'il est fils légitime de, etc. ; et alors il est conforme à la possession d'état : nulle obligation de rapporter l'acte de célébration.

Ou il est porté comme fils naturel de, etc. ; l'acte est alors contraire à la possession d'état : obligation indispensable de rapporter l'acte de célébration.

Ou il est porté simplement comme fils de tel et telle ; et alors l'acte n'est ni conforme ni contraire à la possession. Mais comme il ne la contredit pas, l'enfant n'est pas tenu de rapporter l'acte de célébration.

[(11)]. *Du mariage de leur père et mère* ; c'est-à-dire que la légitimité ne peut être contestée pour défaut de réprésentation de l'acte de célébration. Mais si, indépendamment de ce défaut, il existe d'autres motifs, la légitimité peut être contestée ; si, par exemple, l'on offre des preuves qu'à l'époque présumée de la conception des enfans, le père ou la mère était engagé dans les liens d'un autre mariage, etc.

---

* *C. N.* 197. } Si, néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfans issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfans ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette

légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance.

---

163. Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il est contracté de bonne foi.

163. A marriage although declared null, produces civil effects, as well with regard to the husband and wife as with regard to the children, if contracted in good faith.

---

* *Pothier, mariage, Nos.* 104, 437, 438, 419, 441. } [104,............Tout l'effet de la bonne foi avec laquelle les parties ont contracté le second mariage, est que, quoiqu'il soit nul, les enfans qui en sont nés, ne sont point réputés bâtards, et qu'en considération de cette bonne foi, ils ont dans les successions de leur père et mère, les mêmes droits qu'ont des enfans nés d'un légitime mariage, comme nous le verrons ailleurs.

[437.] Le cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils, est lorsque les parties qui l'ont contracté, étaient dans la bonne foi, et avaient une juste cause d'ignorance d'un empêchement dirimant, qui le rendait nul.

On peut apporter pour exemple, le cas auquel la femme d'un soldat qu'on avait vu, le jour d'un combat, couché parmi les morts sur le champ de bataille, et qu'on avait en conséquence cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, se serait mariée à un autre homme sur la foi d'un certificat de mort de son mari en bonne forme, qu'elle aurait du Major du Régiment. Si, longtemps après, et depuis qu'elle a eu des enfans de ce second mariage, son premier mari qu'on croyait mort, vient à reparaître, il n'est pas douteux que le second mariage que cette femme a contracté, est nul ; qu'elle doit quitter son second

mari et retourner avec le premier; son premier mariage qui a toujours subsisté, ayant été un empêchement dirimant du second : mais quoique ce second mariage soit nul, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, lui donne, par rapport aux enfans qui en sont nés, les effets civils que produisent les mariages, en donnant aux enfans les droits de famille, et tous les autres droits qu'ont les enfans nés d'un légitime mariage. En conséquence les enfans nés de ce second mariage, viendront aux successions de leurs père et mère, et même concourront à celle de leur mère avec les enfans qu'elle a eus de son premier mariage.

Comment, direz-vous, ce mariage qui est nul, peut-il donner ces droits aux enfans qui en sont nés; car *quod nullum est, nullum producit effectum*? La réponse est, que si ce mariage, en tant qu'il est considéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en suppléant à cet égard au vice du mariage.

[438.] La bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, donnera-t-elle pareillement à ce mariage les effets civils, à l'effet de confirmer entr'elles leurs conventions matrimoniales, et de donner à la femme un douaire? Il y a même raison.

On opposera que les conventions matrimoniales dépendent de la condition *si nuptiæ sequantur*, laquelle n'a pas été accomplie, puisqu'on ne peut pas dire qu'elles ont été suivies d'un mariage entre les parties; celui qui a suivi n'étant pas un véritable mariage, puisqu'il est nul. La réponse est, que la bonne foi des parties qui l'ont contracté, supplée à la nullité de ce mariage, et fait regarder la condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder comme légitimes les enfans qui en sont nés.

[419.] Il y a certains mariages auxquels, quoiqu'ils soient nuls, la loi donne les effets civils, en considération de la bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, qui ont ignoré l'em-

pêchement qui le rendait nul. On demande s'ils peuvent avoir l'effet de légitimer les enfants nés du commerce qu'ont eu les parties avant ce mariage putatif, et dans un temps où ils étaient capables de contracter mariage ensemble ? Non : si on donne à ce mariage putatif les effets civils, à l'effet que les enfants qui en sont nés, aient le titre et les droits d'enfants légitimes, c'est qu'ils sont nés d'un commerce innocent, au moins de la part de l'une des parties ; mais ceux nés du commerce que les parties ont eu avant ce mariage putatif, étant nés d'un commerce criminel de la part des deux parties, ne méritent pas qu'on s'écarte des règles en leur faveur. Le vice du commerce dont ils sont nés ne peut être purgé, et ils ne peuvent être légitimés que par la force et l'efficacité d'un véritable mariage qui serait intervenu depuis entre leurs père et mère ; un mariage putatif ne peut avoir cet effet. A plus forte raison, le mariage putatif ne peut légitimer les enfants nés auparavant, si lors du commerce qu'ont eu leurs père et mère, et dont ils sont nés, leurs père et mère étaient déjà alors incapables de contracter mariage ensemble, quoiqu'ils ignorassent l'empêchement : car en ce cas ces enfans ne pourraient pas être légitimés, même par un mariage légitime.

[441.] La bonne foi des parties ou de l'une d'elles, peut bien donner les droits d'enfans légitimes aux enfans nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoraient le vice ; car ce commerce était, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent, au moins de la part de celle des parties qui était en bonne foi ; mais la bonne foi que les parties ont eu en contractant ce prétendu mariage, ne peut donner les droits d'enfans légitimes aux enfans nés du commerce qu'elles ont eu ensemble auparavant ; car ce commerce est un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage.

Ceci s'éclaicira par un exemple. Une femme a eu un enfant du commerce qu'elle a eu avec un prêtre dont elle ignorait la condition. Depuis elle a épousé ce prêtre, dont elle continuait d'ignorer la condition, et elle en a eu d'autres enfans. Ceux nés depuis le prétendu mariage seront légitimes; car ils sont nés d'un commerce qui était innocent de la part de leur mère, qui croyait de bonne foi avoir contracté un mariage légitime avec cet homme; mais l'enfant né du commerce que cette femme a eu avant le mariage, n'est pas légitime, car il est né d'un commerce criminel de la part des deux parties; la femme savait bien qu'elle commettait une fornication. Il est vrai que le vice d'une fornication peut se purger par un mariage que l'homme et la femme qui l'ont commise, contractent depuis ensemble; mais dans l'espèce présente, n'ayant pu intervenir de mariage légitime entre les parties, le Prêtre étant incapable d'en contracter, le vice du commerce dont l'enfant est né, n'a pu être purgé.

Cette question a été jugée par l'arrêt rendu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, du 21 mars 1674, qui est rapporté au troisième tôme du journal des audiences. Le sieur Thibault de la Boissière avait eu des enfans de Marie Delatour, femme du dit Maillard, qu'on croyait mort. Depuis il avait épousé la dite Delatour sur la foi d'un certificat de mort, donné par un capitaine. Jean Maillard s'étant, par la suite représenté après quarante années d'absence, et le mariage du Sieur Thibault de la Boissière avec la femme du dit Maillard, ayant en conséquence été déclaré nul, les enfans qu'il avait eus d'elle auparavant, furent, par l'arrêt, déclarés illégitimes; un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, n'ayant pu les légitimer.

* *Id.*, *Traité des Successions*, *c.* 1, *s.* 2, *art.* 3, § *IV.* } [3e. *al.*] Quoiqu'un mariage nul ne soit pas une conjonction légitime, néanmoins quelquefois il équipolle à une conjonction légitime, à cause de la bonne foi des parties; car, tant

qu'elles ont une juste cause d'ignorance de l'empêchement dirimant, le mariage, quoiqu'il soit illégitime, équipolle à une conjonction légitime, et forme une parenté légitime : par exemple, si on a cru un homme péri dans un naufrage, et que sa femme, sur un certificat en bonne forme de la mort de son mari en ait épousé un autre, et que son premier mari, qu'on croyait péri, étant échappé du naufrage, vienne à reparaître, il est certain que le second mariage de la femme est nul ; néanmoins à cause de la bonne foi des parties, il équipollera à une conjonction légitime et les enfans, qui en sont nés, pourvu qu'ils aient été conçus pendant que la bonne foi durait, c'est-à-dire avant le retour du premier mari, qu'on croyait mort, seront réputés légitimes.

* *Id., Introduct. au Trait. de la Communauté, No.* 17. } ......Observez néanmoins que lorsque l'empêchement qui rend le mariage nul, a été ignoré de bonne foi par les parties, ou par l'une d'elles, la partie qui a été de bonne foi, peut profiter des conventions et donations portées au contrat de mariage, comme nous l'avons vu en notre traité du mariage, Nos. 438, 439.

* *Id., Cout. d'Orléans, tit.* 17, *No.* 13 } ....Au contraire, un mariage quoique nul, produit, à cause de la bonne foi des contractants, ou même seulement de l'un d'eux, une parenté légitime, même vis-à-vis de celui qui était en mauvaise foi à qui les enfans nés de cette union ont le droit de succéder, aussi bien qu'à tous les parens de son côté, quoique *vice versâ*, ce conjoint, à cause de sa mauvaise foi, n'ait pas le droit de leur succéder ; Lebrun, liv. 1, ch. 2, sect. 2, No. 10.

---

* *Merlin, Rép., Vbo. Légitimité, s.* 1, §. 1, *No.* 8. } Lorsque les époux putatifs n'ont négligé aucune des formalités essentielles du mariage, il faut des preuves bien claires de leur mauvaise foi, pour faire déclarer bâtards les enfans auxquels ils ont donné le jour.

[ARTICLE 163.]

Dans ce cas, en effet, comme nous l'avons dit au commencement du No. précédent, la bonne foi se présume d'elle-même ; et c'est sur la partie qui la met en dénégation, que doit retomber la preuve du contraire.

Telle est, comme l'établit fort au long Hertius, dans son traité de *Matrimonio putativo*, § 15, l'opinion la plus commune des docteurs. C'est ce qu'enseigne aussi le président Favre, dans son Code, liv. 4, tit. 5, *defin.* 2 : *Matrimonium* (dit-il), *contrà leges factum, putà cum eâ quæ alium virum habuit, virum quidem sed absentem, per errorem facti potius quam per dolum et malitiam contractum præsumitur, si palàm et publicè celebratum fuit.* Et il justifie cette doctrine par le principe général que *error potius quam dolus præsumitur in eo qui palàm malè fecit ; sècus in eo qui clam :* principe à l'appui duquel il cite la loi 54, D. *de administratione tutorum*, la loi 3, §. 1, *de jure fixi* et la loi 5, C. *de contrahendâ emptione.*

C'est comme foudé sur ce principe, et comme rendu à son rapport, que Louët, lettre L, §. 14, nous retrace un arrêt, du 30 août 1597, qui juge légitimes les fruits d'un second mariage contracté par une femme du vivant de son mari condamné aux galères, *ayant néanmoins entendu dire que son dit mari était mort, s'étant contenté de cette nouvelle, sans particulièrement faire ouïr le messager, mettre sa déposition apud acta, et attendre l'an pour se remarier.... Le mariage avait été solennisé en face d'église, le mari sachant que la fiancée étant mariée.*

Mais cet arrêt ne va-t-il pas trop loin ? Si, comme l'assure Louët, qui devait, comme rapporteur du procès, en bien connaître toutes les particularités, le mari savait que la *femme était mariée*, il est clair que les enfans n'ont pu être déclarés légitimes qu'en considération de la bonne foi de leur mère.

Mais comment leur mère a-t-elle pu être jugée de bonne foi, elle qui certainement n'ignorait pas le mariage qu'elle avait précédemment contracté, et qui n'avait pris aucune pré-

caution pour constater la mort de son premier mari ? Assurément, dans cette espèce, la présomption était contre la mère ; et elle n'aurait pas pu fléchir devant la publicité de la célébration du mariage, si des circonstances dont l'arrétiste n'a pas cru devoir surcharger son récit, ne se fussent réunies pour l'écarter.

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'en cas d'accusation de bigamie, l'époux qui a contracté un nouveau mariage avant la dissolution de celui dans lequel il était engagé, ne peut échapper à la peine que par la preuve positive de sa bonne foi. Telle était du moins la disposition expresse du code pénal de 1791, rapportée au tome *Bigamie*, *No.* 4 ; et quoiqu'elle ne soit pas renouvelée par l'art. 340 du code pénal de 1810, elle n'en conserve pas moins toute l'autorité de la raison écrite. Or, comment pourrait-on présumer la bonne foi d'un bigame à l'effet de légitimer les enfans issus de son nouveau mariage, alors qu'on ne peut pas la présumer à l'effet de le soustraire lui-même à une peine afflictive ?

La présomption de bonne foi doit donc, en cas de bigamie, être limitée à la personne qui, étant libre, épouse celle qui ne l'est pas ; et c'est effectivement au sujet et de la part d'une femme libre qui avait épousé publiquement un homme marié, que l'arrêt, de la cour de cassation du 18 février 1819, rapporté au mot *mariage*, *sect.* 6, §. 2, (quatrième question sur l'art. 184 du code civil), déclare que *la bonne foi est présumée de droit jusqu'à preuve du contraire.*

Doit-on ranger dans les classes des enfans légitimes, celui qui est né d'un mariage contracté avant le code civil, entre un homme libre et une femme déjà mariée, et dont le mari était erronément supposé mort, 1o. quoiqu'il ne se fut pas écoulé un an entre la célébration de ce mariage et la disparition du mari de la femme ; 2o. quoique la prétendue mort de celui-ci n'eût été alors constatée ni par un acte de décès, ni par une preuve judiciaire ; 3o. quoique la célébration de

ce mariage n'ait pas été précédée des publications de bans prescrites par les lois? (V. mon Recueil de Questions de droit à l'art. Mariage, §. 8.)

---

* *C. N.*, 201. } Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfans, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

---

164. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants nés du mariage.

164. If good faith exist on the part of one of the parties only, the marriage produces civil effects in favor of such party alone and in favor of the children issue of the marriage.

---

* *Pothier*, *mariage*, *Nos*. 439, 440. } Lorsqu'il n'y a que l'une des parties qui a ignoré de bonne foi l'empêchement dirimant qui rendait nul le mariage qu'elle a contracté avec l'autre partie, sa bonne foi suffit-elle pour donner à ce mariage, quoique nul, les effets civils par rapport aux enfans qui en sont nés, et pour leur donner les droits d'enfants légitimes, même vis-à-vis de l'autre partie, qui était de mauvaise foi? Le droit canonique a décidé pour l'affirmative, et a porté jusque-là la faveur de la bonne foi. C'est la décision du chapitre *ex tenore* 14, *Ext. qui filii sint legitimi.*

Ce chapitre est dans l'espèce d'un homme qui, du vivant de sa femme, avait épousé une autre femme, laquelle ignorait qu'il fut marié. Innocent III décide que la bonne foi de la mère faisait réputer légitimes les enfans qu'elle avait eus de ce mariage nul, même à l'effet de recueillir la succession de leur père, qui avait contracté de mauvaise foi.

On peut aussi rapporter pour exemple le cas d'un prêtre,

qui ayant résidé très-longtemps en habit laïque dans une ville éloignée de son pays, où il n'était pas connu pour ecclésiastique, y aurait épousé une femme qui le croyait de bonne foi laïque. La bonne foi de cette femme, et la juste ignorance en laquelle elle a été de l'empêchement dirimant qui rendait nul le mariage qu'elle a contracté avec cet homme, suffit pour donner aux enfans qui en sont nés, les droits d'enfans légitimes, non seulement vis-à-vis de leur mère, qui était dans la bonne foi, mais même vis-à-vis de leur père qui n'y était pas. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 4 févri r 1689, rapporté au 5e. tôme du journal des Aud., dans l'espèce d'un mariage contracté par un chevalier de Malte, qui avait caché sa qualité de Profès : l'enfant né de ce mariage, quoique nul, fut, en conséquence de la bonne foi de la mère, déclaré avoir des droits d'enfant légitime, et de porter le nom et les armes de son père.

A l'égard de la femme qui a été trompée, il n est pas douteux qu'elle peut poursuivre l'exécution de ses conventions matrimoniales contre l'homme qui l'a trompée, et contre ses héritiers ; et qu'ils ne sont pas recevables à opposer, pour s'en défendre, la nullité du mariage ; puisque cette nullité procède du fait de cet homme, et qu'il a trompé la femme, en lui taisant l'empêchement qui la causait. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 22 Janvier 1693, rapporté au 5e. tome du journal des Aud., en faveur d'une femme qu'un nommé Foubert, Récollet Profès, dont on ignorait l'état, avait épousée : L'arrêt adjugea à cette femme la moitié de la communauté, qui était opulente, et toutes ses conventions matrimoniales.

(440.) Cité sous l'art. 36, §. 6,p. 346.

Id, Communauté, No. 20. } Cité sous l'art. 36, §. 6, p. 345.

[ARTICLE 164.]

Id., Succession, c. 1, *sect.* 2, *art.* 3, §. 4. } [*4e. al.*] Il ne faut même que la bonne foi de l'une des parties pour donner à un mariage nul les effets d'une conjonction légitime : par exemple, si une femme épouse un homme qu'elle ignore être engagé dans les ordres sacrés, ou dans la Profession Religieuse, ce mariage, quoique nul en soi, aura, à cause de la bonne foi de la femme, les effets d'une conjonction légitime, et formera une parenté légitime : les enfants succèderont à leurs parens; mais je ne pense pas que le père, qui était en mauvaise foi, dût leur succéder, car il en est indigne.

Id., Int. Cout. d'Or., tit. 17, *No.* 13. } Cité *suprà*, sous l'art. 163, p. 120

---

* 2, *E. Favard, Rép, Vbis Effet rétroactif, VII.* } (Cité *par Dard sous l'art.* 202, *C N.*)

2o. Que lorsqu'un mariage a été contracté entre deux personnes dont l'une est frappée de mort civile, la bonne foi de l'autre, qui suffit pour produire les effets civils *en faveur des enfans issus du mariage*, suffit également pour leur donner le droit de successibilité dans la famille de l'époux de mauvaise foi, comme dans celle de l'époux de bonne foi.

(Par arrêt à la Cour de Cassation en date du 15 janvier 1816.)

Vû l'art. 202 du Code Civil;

Considérant que la bonne foi de l'un des époux a de tout temps constitué la légitimité des enfants issus dans le mariage putatif, sur quelque motif qu'ait été fondée la nullité du mariage : d'où il suit que l'art. 202 du code civil n'a fait que rappeler les principes de la matière ;

Considérant qu'il a toujours été également de principe que la légitimité de l'enfant est indivisible, et que la légitimité est la source de la successibilité, hors les cas exceptés par les lois contraires ;

Qu'il n'existe aucune loi qui ait séparé la successibilité de la légitimité dans le cas où, par la bonne foi de l'un des époux, le mariage contracté pendant la mort civile de l'autre rend légitimes les enfans qui en proviennent; qu'il y a, par conséquent, lieu d'appliquer à ce cas le principe de la successibilité, comme à tous les autres qu'aucune loi n'excepte;

Considérant que la bonne foi de la dame d'Orsay a été alléguée dans la cause; que l'existence de cette bonne foi présentait une question préjudicielle que la cour de Douay ne s'est pas dissimulée, et qu'elle n'a écartée que par une décision contraire aux principes ci-dessus rappelés; que, par suite, son arrêt renferme une violation directe de ces principes et de l'art. 202 qui les consacre:

La Cour casse et annule l'arrêt de la Cour Royale de Douay du 22 février 1812.

---

* 1 *Toullier*, *p.* 410, *cité par Dard.* } [No. 486.] Si l'époux faisait à son retour annuler le mariage contracté pendant son absence, les enfans qui en seraient issus n'en seraient pas moins légitimes, pourvu que les deux époux ou seulement l'un d'eux fût de bonne foi.

[*No.* 653.]... Il (*C. N.*, 202.) ajoute que, si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfans issus de ce mariage.

[*No.* 654.] Le mariage que l'un des conjoints au moins a cru légitime, est appelé par les docteurs mariage putatif, *matrimonium putativum.* Hertius le définit d'une manière claire et précise : *Matrimonium putativum est quod solemniter et boná fide, saltem opinione justá unius conjugis contractum, inter personas jungi veritas consistit.*

[*No.* 655.] Ainsi, trois conditions sont nécessaires pour donner les effets civils au mariage putatif: bonne foi, solennité dans l'acte, erreur excusable.

[ARTICLE 164.]

[*No.* 657] La seconde condition est la solennité du mariage. On n'est de bonne foi aux yeux de la loi, qu'autant qu'on a fait publiquement ce qu'elle prescrit pour faire un acte légitime. Ainsi, les effets de la bonne foi ne s'étendraient pas aux enfans nés d'une cohabitation antérieure au mariage putatif. L'art. 202 ne les accorde qu'aux *enfans issus du mariage*, et non pas aux enfans nés avant le mariage putatif.

Si le mariage subséquent légitime les enfans nés avant sa célébration, lorsqu'il est valide, il ne produit pas les mêmes effets quand il est nul. Il ne peut légitimer les enfans nés avant la solennité du mariage, d'une cohabitation entre deux personnes qui ne pouvaient pas s'unir, quand même l'empêchement n'aurait plus subsisté lors du mariage, quand les deux conjoints ou l'un d'eux allégueraient avoir ignoré l'empêchement existant lors de la cohabitation ; car on ne peut jamais être de bonne foi dans le concubinage. La loi, dit D'Aguesseau, récompense l'innocence telle qu'elle se trouve dans celui qui contracte de bonne foi et par erreur de fait, un mariage défendu ; mais que la loi récompense une personne qui a voulu mal faire, parce qu'elle a cru faire un moindre mal, c'est ce qui ne peut pas être écouté.

---

* 2 *Toullier*, *p*. 181, *No*. 881, *4e. al.* } ...Si l'on voulait contester la légitimité en prouvant que le mariage des père et mère est nul, l'enfant répondrait que suivant les art. 201 et 202, le mariage nul n'en produit pas moins les effets civils en faveur des enfans, pourvu que les époux, ou seulement l'un d'eux, fût de bonne foi.

---

* 1 *Delvincourt*, *p*. 75, *cité par Dard.* } [(4)]. *Et des enfans issus du mariage.* Ainsi, les enfans jouiront des droits d'enfants légitimes, à l'égard des deux époux. Mais l'exécution des conventions matrimoniales ne pourra être demandée que par l'époux qui n'a pas participé à la fraude : lui seul

pourra réclamer les avantages stipulés par le contrat de mariage, mais qui n'auront toujours leur effet, que dans les cas où ils l'auraient eu, si le mariage eût été valable. Il succède seul aux enfants du mariage, lesquels succèdent, non seulement à lui, mais encore à l'époux de mauvaise foi ; mais celui-ci n'aura aucun droit à leur succession.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

165. Les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir et élever leurs enfants.

CHAPTER FIFTH.

OF THE OBLIGATIONS ARISING FROM MARRIAGE.

165. **Husband and wife contract, by the mere fact of marriage, the obligation to maintain and bring up their children.**

---

* *Pothier, mariage, Nos.* 384, 386, 394. } [384]. Les personnes qui se marient, contractent par le mariage une obligation mutuelle d'élever les enfants qui naîtront de leur mariage ; de leur fournir les aliments nécessaires, et de leur donner une éducation convenable, jusqu'à ce qu'ils soient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance. S'il se trouvait des pères et mères qui fussent assez dénaturés pour manquer à ce devoir, le ministère public, sur la dénonciation des parents, pourrait les poursuivre, pour, après information des mauvais traitements, et du refus des choses nécessaires, faire ordonner par le Juge ce qu'il estimerait convenable d'ordonner.

Les mauvais traitements peuvent quelquefois être si grands, et le refus des choses nécessaires porté à un tel point, qu'il serait dangereux de renvoyer les enfants chez les père et mère. Le Juge peut en ce cas en confier l'éducation à quelque personne de la famille, et condamner les père et mère à payer la pension.

[ARTICLE 165.]

[386]. Cette obligation de fournir aux enfants les aliments nécessaires, est une charge de la communauté de biens, tant qu'il y en a une qui subsiste entre le père et la mère. Lorsqu'il y a séparation de biens, chacun y doit contribuer pour moitié, s'ils en ont l'un et l'autre le moyen; sinon, celle des deux parties qui a le moyen, en est tenue seule pour le total.

[394]. L'obligation en laquelle sont les père et mère de nourrir leurs enfants, comprend même ceux qui sont nés d'unions illicites et de fornications. Lorsqu'une fille ou une veuve est grosse des faits d'un homme, sur la plainte qu'elle forme contre lui, et sur l'intervention du ministère public, cet homme, s'il en convient, ou s'il en est convaincu, doit être condamné à se charger de l'enfant, à le faire élever dans la Religion et à lui fournir les alimens nécessaires; à en rapporter certificat tous les trois mois au Procureur du Roi, et à lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner sa vie.

Lorsque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille fera par témoins que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, suffit pour le faire présumer, et à le faire en conséquence condamner à se charger de l'enfant.

**Merlin, Rép. Vbo. alimens*, §. 1. *art.* 1, *Nos.* 3, 5, 6. } [No. 1]. Les pères, les mères et les autres ascendants doivent des alimens à leurs enfans et petits-enfans, jusqu'à ce qu'ils puissent s'en procurer par leur travail. || Cod. Civil, art. 203.||

" II. Si le mari et la femme sont séparés de corps et de biens, et qu'il y ait des enfants communs issus de leur mariage, ils doivent l'un et l'autre fournir des alimens à ces enfans. Dans ce cas, le juge ordonne quelquefois que les garçons seront élevés chez le père et les filles chez la mère, pourvu qu'elle soit d'une bonne conduite; autrement, le juge

ordonne qu'elles seront élevées chez des parents dont les parties seront convenues, ou qu'elles seront mises dans un couvent. Pareillement, si le mari n'a pas de mœurs honnêtes et réglées, le juge ordonne que les garçons seront mis en pension, soit dans un collège, soit chez des parens ou quelqu'autre personne ; ce qui dépend des circonstances, de l'âge, de la condition et des biens des personnes.

[No 3.] Il est de principe que l'enfant qui a par lui-même une fortune ou des ressources suffisantes pour se nourrir et entretenir, ne peut pas demander d'alimens à son père ni à sa mère. Cela est établi par la loi 5, *D. de agnoscendis et alendis liberis* || et par l'art. 209 du Code Civil.||

....

Du reste, il ne suffit pas toujours aux pères et aux mères, pour s'exempter de nourrir leurs enfans, qu'ils leur aient procuré un établissement proportionné à leur condition. Il est des états qui souvent, plus honorables qu'utiles, ne produisent presque rien, et assurément un père opulent n'est pas affranchi de la charge des alimens de son fils, parce qu'il l'a placé dans un de ces états. Le sieur Pichon, fils d'un père qui, tout calcul fait, jouissait, dans une ville de Province de 18,000 liv. de revenu, réunissait la qualité de procureur du roi au siége de la Monnaie, à celle d'avocat à la Sénéchaussée de la Rochelle. Ces deux titres lui donnaient un rang, mais point de profit; sa charge lui rapportait 45 livres de gages, et il convenait que la profession d'avocat lui avait été jusqu'alors infructueuse. Une sentence de la Sénéchaussée de la Rochelle lui adjugea 1,300 livres de pension. Son père en interjeta appel. Par arrêt du 22 juillet 1779, la pension a été réduite à la somme de 1000 liv. exempte d'impositions royales et non saisissables.

Une autre observation non moins importante, c'est que le jugement qui condamne un père à fournir des alimens à son enfant, ne forme jamais, quoique passé en force de chose

jugée, obstacle à ce que le père s'en fasse décharger en prouvant que son enfant peut subvenir par lui-même à sa subsistance. (Jurisprudence de la Cour de Cassation, tôme 9, p. 38.)

V. A plus forte raison, doit-on obliger un aïeul à nourrir ses petits-enfans, lorsque leur père, qui s'est marié contre sa volonté, vient à décéder avant lui. C'est ce qu'a jugé l'arrêt du 10 Décembre 1652, en condamnant un aïeul à payer 200 livres de provision pour alimens de sa petite-fille, âgée d'environ trois ans, et qui était avec sa mère, veuve du fils marié sans le consentement du père.

A plus forte raison encore le père ne pourrait-il pas refuser des aliments à son enfant dans le besoin, sous le prétexte que celui-ci, parvenu à sa majorité, se serait marié sans son consentement et après lui avoir fait notifier les actes respectueux prescrits par la loi.

Aussi dans l'espèce rapportée ci-dessus, No. 3, le sieur Lambert a-t-il vainement excipé contre la femme Gras, sa fille, tant devant la cour d'appel de Grenoble, que devant la cour de Cassation, de ce qu'elle s'était mariée sans son consentement et à la suite d'actes respectueux. Il n'en a pas moins été condamné à lui payer une pension alimentaire de 260 frs ; et cette condamnation n'en a pas moins été maintenue par l'arrêt de la cour de Cassation du 7 Décembre 1808, " attendu " que les art. 205, 207 et 208 du code civil, qui obligent les " pères à fournir des aliments à leurs enfants et autres des- " cendants dans le besoin, ne font aucune distinction des be- " soins, et ne mettent à cette obligation d'autres bornes que " la proportion du besoin de ceux qui les réclament, et de la " fortune de ceux qui les doivent ; que, par suite, l'arrêt ne " viole aucun de ces articles, en adjugeant à la dame Gras des " aliments dans la proportion de ses besoins reconnus et de " la fortune de son père, quoique mariée et quoiqu'ayant con- " tracté son mariage ensuite de sommations respectueuses."

Depuis et le 9 Janvier 1811, la cour d'appel de Bruxelles a

juge la même chose en confirmant un jugement du tribunal de première instance de Louvain, qui condamnait le sieur R.. à payer une pension alimentaire de 1000 francs à son fils majeur et marié, sans son consentement, après des actes respectueux.

VI. 1o. Les enfants qui, du vivant de leur père, ont reçu des aliments de son mandataire, peuvent-ils, après la mort du premier, et quoiqu'ils aient renoncé à sa succession, ou qu'ils ne l'aient accepté que sous bénéfice d'inventaire, être actionnés personnellement par le second en remboursement de ses avances ? 2o. Plus généralement, les aliments fournis à des enfants par un étranger, à défaut de leur père ou mère, sont-ils pour eux une dette personnelle ?

La première de ces questions ne peut, quant aux enfants qui ont droit à des aliments de la part de leur père, être résolue que pour la négative.

Le mandat en vertu duquel le mandataire du père a fourni des aliments à ses enfants, est un contrat étranger à ceux-ci. Il a bien été donné dans leur intérêt, et c'est bien ce que la loi 2, D. *mandati* appelle *mandatum contractum alienâ gratiâ*; mais il ne peut, par lui-même, produire aucune action contre eux. (Pothier, *mandat*, Nos. 82 et 83)..................................

P. 321...Si c'est de son propre mouvement et sans mandat du père, que l'étranger s'est chargé des enfants dont il s'agit, ou il s'en est chargé en protestant qu'il entendait se faire rembourser par eux de ses avances, lorsqu'ils seraient en état de le faire, ou il s'en est chargé purement et simplement.

S'il s'en est chargé en protestant de son intention de se faire, un jour ou l'autre, rembourser les dépenses, il n'y a aucune raison pour lui refuser une action contre eux lorsqu'arrive le cas prévu par sa protestation.

S'il s'en est chargé purement et simplement, de deux choses l'une : ou il avait de justes raisons de supposer aux enfants dont il se chargeait, une fortune suffisante pour lui

rembourser ses avances ; ou il ne pouvait pas ignorer l'état de dénuement où ils se trouvaient.

Dans la première hypothèse, il est naturel de présumer que ce n'est pas par pure libéralité qu'il s'est chargé de nourrir et entretenir des enfans à qui il ne devait rien ; qu'il n'a entendu être à cet égard que leur *negotiorum gestor*, et que par conséquent il s'est réservé une action qui, illusoire et sans effet tant qu'ils restent dans le dénuement où il était loin de les supposer, peut être exercée utilement lorsque leur sort s'est amélioré.

Mais dans l'hypothèse inverse, il est impossible de ne pas présumer qu'il ne s'est chargé de ces enfans que par pure commisération ; et dès lors, il ne doit pas plus être admis à répéter contre eux ses dépenses, quand ils sont parvenus à un meilleur état de fortune, que je ne le serais à répéter, quelque chose qui pût arriver, une somme que j'avais donnée par pure aumône à un malheureux qui implorait mon secours.

P. 323.—VII. Le fils est-il tenu personnellement de l'obligation que son père a souscrite seul pour se procurer une somme dont il avait besoin pour leur subsistance commune ?

Cette question qui a beaucoup d'affinité avec l'une des branches de celles qui est traitée au numéro précédent, a été jugée pour la négative par un arrêt de la cour de Cassation du 17 mars 1819.

VIII. L'action pour aliments fournis par un étranger à un enfant établi hors de la maison paternelle, est-elle recevable après la mort de cet enfant, sans que son droit à se faire nourrir par son père, ait été constaté de son vivant ?

P. 346.—§. III—No. 5.—......Vu les art. 208, 209, et 210 du code civil ; (Par la cour de Cassation, 12 Mai 1812 au rapport de M. Boyer.) Attendu que du rapprochement de ces articles il résulte que la demande d'alimens, dans les cas prévus par ces mêmes articles, ne peut être fournie que du vivant et de la part de celui à qui les alimens peuvent être dûs, puisque

cette demande suppose la vérification préalable des besoins réels de celui qui réclame des alimens et des facultés suffisantes de celui contre lequel ils sont réclamés ; et puisque le débiteur d'alimens peut même être admis à s'affranchir du paiement d'une pension alimentaire, en offrant de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, celui auquel des alimens sont dûs...Par ces motifs la cour casse et annule......

---

* *ff.* Liv. 25, Tit. 3, *L.* 4, 5. *de agnosc. et alendis liberis.* } L. 4.—Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit ; et qui alimonia denegat ; et is qui publicis locis, misericordiæ causâ exponit, quam ipse non habet.

L. 5. Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur, judex de ea re cognoscet. §. 1. Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos, vel ex alia causâ sui juris constitutos, videndum est ? Et magis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus : et vice mutua alere parentes debere. §. 2. Utrum autem tantum patrem, avumve paternum, proavumve paterni avi patrem, cœterosque virilis sexus parentes alere cogamus an vero etiam matrem, cœterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrubique se judex interponat, quorumdam necessitate facilius succursurus, quorumdam ægritudini : et cum ex æquitate hæc res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet. §. 3. Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est. §. 4. Ergo et matrem cogemus, præsertim vulgo quœsitos liberos alere ; nec non ipsos eam. §. 5. Item Divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur. §. 6. Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat si constiterit apud judicium, juste eam procreatam. §. 7. Sed si filius possit se exhibere, æstimare judices debent, ne non

[ARTICLE 165.]

debeant ei alimenta decernere. Denique idem Pius ita rescripsit: Adidi à te competentes judices 'ali te a patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus: si modo, cum opificem te esse dicas: in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis. §. 8. Si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat; vel filius neget parentem: summatim judices oportet super ea re cognoscere: si constiterit filium, vel parentem esse, tunc ali jubebunt; cœterum, si non constiterit, nec decernent alimenta. §. 9. Meminisse autem oportet, et si pronunciaverint ali oportere, attamen eam rem prœjudicium non facere veritati; nec enim hoc prononciatur, *filium esse:* sed *ali* debere: Et ita D. Marcus rescripsit. §. 10. Si quis ex his alere detrectet pro modo facultatum alimenta constituentur; quod si non præstentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiæ satisfacere. §. 11. Idem judex æstimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater, quod merito filios suos nolit alere. Trebatio denique Marino rescriptum est, merito patrem eum nolle alere quod eum detulerat. §. 12. Non tantum alimenta, verum etiam cœtera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi prœbere rescriptis continetur. §. 13. Si impubes sit filius emancipatus patrem inopem alere cogetur. Iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere, cum filius sit in facultatibus. §. 14. Si mater alimenta, quæ fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam, ità, D. Marcus rescripsit Antoniæ Montanæ in hæc verba: Sed et quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, a patre ejus præstari oporteat, judices æstimabunt: nec impetrare debes ea, quæ exigente materno affectu in filiam tuam erogatura esses, etiamsi a patre suo educeretur. §. 15. A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse, pietatis existimat ratio. §. 16. Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere filium, rescriptum est. §. 17. Item rescriptum est, heredes filii ad ea præstanda,

quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabit, invitos cogi non oportere : nisi in summam egestatem pater deductus est.

---

* *C. N.* 203. } Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

---

166. Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.	166. Children are bound to maintain their father, mother and other ascendants, who are in want.

---

* *Pothier, Obligations,* *No.* 123. } §. 3. Il y a des obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi. Par exemple, ce n'est en vertu d'aucun contrat ni quasi contrat, que les enfants, lorsqu'ils en ont le moyen, sont obligés de fournir des alimens à leurs père et mère qui sont dans l'indigence : c'est la loi seule qui produit en eux cette obligation.

---

* *Idem, Mariage, Nos.* 389, 390, 392, 393, 395. } [389.]—Les enfans sont obligés de leur côté, d'aimer et d'honorer leurs père et mère, de leur obéir, et de les assister dans leurs besoins, selon leur moyen.

[390.] De l'obligation en laquelle sont les enfants d'assister leurs père et mère dans leurs besoins, lorsqu'ils en ont le moyen, naît une action que les père et mère qui sont dans l'indigence, peuvent former en justice contre leurs enfants, pour les faire condamner à leur fournir les alimens dont ils ont besoin : *iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere cum filius sit in facultatibus ;* d. *L.* 5, §. 13.

La corruption des mœurs, qui est allée toujours en croissant, et qui est aujourd'hui parvenue à son comble, rend, à

la honte de l'humanité, très fréquentes au Palais, ces demandes, qui autrefois y étaient inouïes.

Pour qu'elles procèdent, il faut que deux choses concourent : 1° il faut que les père et mère soient sans bien, et hors d'état de pouvoir, par leur travail ou leur industrie, se procurer les aliments nécessaires ; 2° il faut que les enfants soient en état de les leur fournir.

De là il suit que lorsqu'un père et une mère qui ont un peu de bien, qu'ils prétendent n'être pas suffisant pour les faire vivre, demandent à leurs enfants des aliments, il faut, pour qu'ils soient écoutés dans cette demande, qu'ils offrent d'abandonner à leurs enfants ce peu de bien qui leur reste, à l'exception des meubles nécessaires pour leur usage, à la charge par leurs enfants d'acquitter, jusqu'à concurrence des dits biens abandonnés, les dettes par eux contractées jusqu'à l'abandon qu'ils en font.

Sur cette demande, les enfants, lorsqu'ils sont en état de payer une pension à leurs père et mère, doivent être condamnés à la leur payer par quartiers et par avance ; le juge doit arbitrer cette pension, eu égard aux facultés des enfants, à la condition des père et mère et à l'état de leurs infirmités.

[392.] Les enfants ne sont obligés à fournir à leurs père et mère que les choses nécessaires à la vie ; ils ne sont pas obligés à payer leurs dettes : *Parens quamvis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere rescriptum est ; L. 5. §. 16, ff. de agnos. liberis.*

[393.] De même que l'obligation en laquelle sont les père et mère de donner les aliments à leurs enfants, s'étend à leurs petits-enfants, mais subsidiairement seulement : de même l'obligation en laquelle sont les enfants de donner des aliments à leurs père et mère, s'étend à leur aïeul, bisaïeul, et autres parents de la ligne directe et ascendante, mais subsidiairement ; c'est-à-dire au cas que les personnes par lesquelles

l'enfant en descend, ou ne vivent plus ou ne soient plus en état d'y subvenir.

[395]...Un bâtard est obligé, même dans le for extérieur, lorsqu'il en a le moyen, de fournir à ses père et mère qui sont dans l'indigence et hors d'état de gagner leur vie, les alimens nécessaires, lorsque les père et mère n'ont pas des enfans légitimes qui soient en état de leur en fournir.

---

* *Idem,—des Personnes, partie* 1, *tit.* 6, *s.* 2. } ...Les enfans sont obligés de fournir, autant qu'il est en leur pouvoir, les alimens nécessaires à leurs père et mère, qui se trouvent réduits à l'indigence.

Les père et mère ont pour cela une action en justice contre leurs enfans; lesquels doivent être condamnés à faire à leur père une pension convenable à leur condition et à ses besoins, pourvu néanmoins que les enfans aient des facultés suffisantes pour cela. C'est pourquoi le juge doit entrer en connaissance de cause.

Lorsque les enfans sont de pauvres gens qui n'ont pas le moyen de faire une pension, on les condamne à recevoir tour à tour en leurs maisons leurs père et mère, et à les nourrir à leur table.

Lorsqu'il y a plusieurs enfans riches, doivent-ils être condamnés solidairement à la pension que leur père demande pour ses alimens? Je le pense; car chaque enfant, indépendamment de ses frères et sœurs, est obligé de donner à son père ce qui lui est nécessaire pour la vie. Ce nécessaire est quelque chose d'indivisible; car on ne vit pas pour partie: *alimentorum causa ex individua.* Chaque enfant doit donc solidairement les alimens à son père; et par conséquent il doit solidairement la pension qui en tient lieu. Cette décision a lieu à l'égard des enfans qui ont des facultés suffisantes pour payer le total; car autrement ils ne devraient être condamnés, que jusqu'à concurrence de leur facultés.

[ARTICLE 166.]

Si quelques-uns des enfans avaient le moyen de payer le total, et que les autres n'eussent le moyen, que d'y contribuer pour leur portion, on devrait condamner solidairement ceux qui ont le moyen ; et les autres seulement pour leur portion. On doit en décharger ceux qui n'ont pas le moyen d'y contribuer en rien ; et entre ceux qui ont le moyen d'y contribuer pour quelque chose, il n'est pas nécessaire que la contribution se fasse par portions égales.

Cette objection où sont les enfans, ne se borne pas à ceux du premier degré. Les petits-enfans sont obligés à fournir des alimens à leur aïeul ou aïeule indigens, lorsque leur père est prédécédé, ou qu'il n'est pas en état de les fournir lui-même.

---

* *Idem.—Introd. générale aux Coutumes*, *No.* 117, §. 2. } Il y a même des engagements formés par la seule équité naturelle, d'où naissent des actions. Telle est l'obligation en laquelle sont les enfans, de donner des alimens à leurs père et mère indigens.

---

* 1 *Marcadé*, *p.* 547, *No.* 722. } ...Sous le nom *d'alimens* la loi comprend aussi bien le vêtement, le logement et tout l'entretien, que la nourriture, et dès lors la dette embrasse tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, tant dans la maladie qu'en état de santé ; 2o. c'est au moyen d'une somme d'argent que cette dette doit s'acquitter.

Toutefois, la loi a senti que cette dernière règle devrait quelquefois recevoir une exception, et c'est pour organiser cette exception qu'elle a écrit nos deux articles. Cette exception n'a jamais lieu de plein droit ; il faut qu'elle soit prononcée par le tribunal. Le tribunal ne peut même l'admettre, pour d'autres que les père et mère, que quand il y a

impossibilité de payer la pension (art. 210) ; quant aux père et mère, les tribunaux sont libres de leur accorder dispense du payement en argent, dès lors qu'ils n'y verront pas d'inconvénient.

On conçoit facilement la raison de cette différence. A moins de circonstances spéciales qui rendent la vie commune dangereuse, ou au moins trop gênante pour un enfant, celui-ci aurait mauvaise grâce à refuser de recevoir les aliments en nature, des mains de ceux qui l'ont élevé, dans la maison où il est né et qui fut la sienne. Mais il en est autrement de tous autres que les père et mère, même des aïeul et aïeules ; aussi, la loi, hors le cas de l'impossibilité du payement en argent, ne permet de prononcer l'exception qu'au profit des père et mère, et nous ne croyons pas qu'on puisse l'étendre aux autres ascendants. Nous ne le croyons pas, parce que, d'abord, c'est une exception ; parce que, de plus, les deux cas, comme nous venons de le dire, ne sont pas entièrement analogues ; parce qu'enfin, lorsque l'on adopta au conseil d'Etat l'ancien principe, proclamé par notre art. 210, que les aliments étaient dus en argent, à moins d'impossibilité de payer, le père fut le seul au profit duquel on parla de modifier la rigueur de la règle, il ne fut pas question des ascendants plus éloignés.

Lors donc qu'il s'agira des père et mère, le tribunal ne devra les contraindre à payer une pension qu'autant que la vie commune offrirait des inconvénients sérieux ; mais quand il s'agira de tous autres parents ou d'alliés, la pension en argent sera obligatoire, hormis le seul cas d'impossibilité de la payer.

---

* *C. N.*, 205. } Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.

[ARTICLE 167.]

167. Les gendres et les belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs beau-père et belle-mère; mais cette obligation cesse :

1. Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ;

2. Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés.

167. Sons-in-law and daughters-in-law are also obliged, in like circumstances, to maintain their father-in-law, and mother-in-law, but the obligation ceases :

1. When the mother-in-law contracts a second marriage ;

2. When the consort, through whom the affinity existed, and the children issue of the marriage are dead.

---

* 3 *Pand. franç.*, *p.* 360. } [*No.* 166.] Au nombre des enfants sont compris les gendres et belles-filles qui sont, en conséquence, soumis à la même obligation, quand même ils n'auraient rien reçu de leurs beaux-pères et belles-mères ; mais seulement, tant que le lien de l'affinité est maintenu par l'existence des enfants provenus du mariage.

Il suit de là que, quand le gendre et le beau-père sont devenus étrangers par la mort de la femme du gendre et des enfants de son mariage, le beau-père ne peut plus donner la demande à fin d'aliments?

Mais cet évènement anéantira-t-il l'effet du jugement qui aurait déjà condamné le gendre à fournir des aliments ?

Nous estimons qu'il faut décider cette question pour l'affirmative; car la loi décide que l'obligation du gendre cesse dans ce cas, sans distinguer s'il y a eu jugement, ou non. Or le jugement ne crée pas l'obligation, il ne fait que la déclarer, et en ordonner l'exécution. Donc il doit s'évanouir en même temps que l'obligation.

[ARTICLE 167.]

Il y a une question qui présente plus de difficultés, la voici·

L'enfant, provenu du mariage du gendre, a atteint la majorité. Il jouit de la fortune de sa mère. Le gendre est-il encore tenu de l'obligation des aliments envers son beau-père?

On invoquera, pour l'affirmative, les termes de l'art. 200 qui porte que les gendres et les belles-filles doivent aussi des aliments, et que cette obligation ne cesse que par le décès de l'enfant, d'où l'on conclura que tant que cet enfant existe, quelqu'âge qu'il ait, l'obligation du gendre, ou de la belle-fille subsiste avec lui.

Mais il faut ici s'attacher, moins à la lettre de la loi, qu'à son esprit. Il est évident que l'obligation imposée au gendre ou à la belle-fille, n'est que relative, et en considération de l'enfant du mariage. C'est la dette de celui-ci que la loi fait acquitter par ses père ou mère et avec d'autant plus de raison qu'elle lui accorde la jouissance des biens de l'enfant. Donc lorsque cet enfant, devenu majeur, a reçu cette jouissance, il doit s'acquitter lui-même de sa dette.

De là, il suit que, s'il y a plusieurs enfants dont les uns, soient majeurs, et les autres mineurs, le gendre ou la belle-fille ne doit contribuer aux alimens, que pour les parts et portions des mineurs.

Cette décision, néanmoins, ne doit avoir lieu que quand les enfants majeurs ont une fortune qui leur est propre, soit qu'ils l'aient recueillie dans la succession de leur père ou mère décédé; soit qu'ils l'aient acquise de toute autre manière.

S'ils n'en ont pas, et qu'ils soient dans l'impossibilité de fournir des alimens à leur aïeul, ou aïeule, le gendre ou la belle-fille doivent le faire; et, en cela, ils acquittent encore la dette de leurs enfants, sur la fortune qu'ils doivent leur laisser.

[167.] La loi déclare que l'obligation de fournir des alimens, cesse à l'égard du gendre ou de la belle-fille, lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces.

La raison est que, c'est alors par le second mari, que les alimens doivent lui être fournis.

C'est pour cela qu'elle ne fait pas de même cesser cette obligation, par le convol du beau-père à de secondes noces ; parceque la femme n'est pas de même obligée de fournir des alimens à son mari.

Si cependant le beau-père avait reçu de sa femme une fortune suffisante, et qui le mit en état de subvenir à ses besoins, l'obligation du gendre, ou de la belle-fille, de lui fournir des alimens cesse ; mais ce n'est pas à cause du second mariage, c'est parceque les alimens ne sont dus qu'en cas de nécessité.

Remarquez que par la même raison les gendres et les belles-filles tiennent lieu d'enfants, et qu'en conséquence, ils sont tenus de donner des aliments à leurs beaux-pères et belles-mères qui sont dans le besoin ; ils ont aussi droit à des aliments de la part de ceux-ci, dans le cas contraire. C'est la disposition de l'art. 201. L'obligation des beaux-pères et belles-mères envers leurs gendres ou belles-filles, s'éteint également avec le lien qui forme l'affinité, c'est-à-dire, par le décès de leurs enfants et petits-enfants ; mais elle ne cesse pas par le convol de la belle-mère à de secondes noces.

---

* *C. N*, 206. } Les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse, 1o. lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ; 2o. lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés.

---

168. Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.	168. The obligations which result from these provisions are reciprocal.

[ARTICLE 168.]

* *Pothier, Mariage, Nos.* 385--7. } (385.) Quoique l'obligation des pères et mères cesse lorsque les enfants sont parvenus à l'âge de pourvoir par eux-mêmes à leurs besoins, néanmoins lorsqu'un enfant qui est parvenu à cet âge, se trouve depuis tombé dans l'indigence, et que ses infirmités ne lui permettent pas de pouvoir par son travail se procurer ses aliments, l'obligation des père et mère renait; et sur la demande que cet enfant peut en ce cas former contre eux, ils doivent être condamnés à lui fournir les aliments nécessaires selon leur moyen, L. 5, §. 7, *de agnosc.*

[387.] L'obligation des pères et mères envers leurs enfants, s'étend aussi à leurs petits-enfants, mais elle n'est que subsidiaire; c'est-à-dire qu'elle n'a lieu que dans le cas auquel ces petits-enfants n'auraient ni père ni mère qui fussent en état de subvenir à leurs besoins.

---

* 1 *Merlin, Rép., Vbo. Aliments*, §. 11 *bis. No.* 3. } Les beau-père et belle-mère sont-ils obligés de fournir des aliments à leurs gendres et belles-filles, lorsqu'ils en ont les moyens et que ceux-ci sont dans le besoin?

La raison et l'équité se réunissent pour l'affirmative; aussi l'art. 207 du code civil déclare-t-il réciproques les obligations qu'il impose aux gendres et aux belles-filles envers leur beau-père et belle-mère.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 612, *p.* 3. } Ce n'est pas seulement à leurs enfants, mais encore à leurs gendres et à leurs brus ou belles-filles, que les pères et mères doivent des aliments. [Art. 206 et 207.]

---

* 1 *Delvincourt, notes sur la p.* 92, §. 4. } Le mot gendre indique assez que, par beau-père et belle-mère il faut entendre ce que les Latins expriment par *Socer* et *So-*

crus, c'est-à-dire le père et la mère du mari ou de la femme du père, *vitricus*, *noverca*, auxquels il n'est dû d'aliments dans aucun cas, par leurs beaux-fils ou belles-filles.

Remarquez qu'il s'agit du cas où les aliments sont à prendre sur les biens personnels des gendres et belles-filles ; ce qui ne peut avoir lieu du vivant de l'autre époux, que subsidiairement, et en cas d'insuffisance des biens du dit époux ; car si, par exemple, la fille mariée était elle-même riche, les aliments seraient dus par elle, et sur ses biens à tous ascendants ; et, par conséquent si elle était commune en biens, la dette des aliments devrait être acquittée à la vérité par le gendre, mais comme dette mobilière de la femme, et par conséquent comme dette de la communauté. Il en serait également tenu, s'il y avait exclusion de communauté, puisque, dans ce cas, il perçoit tous les revenus des biens de sa femme. Mais si la femme est séparée de biens, ou si, étant mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux, les aliments doivent être fournis par elle, et sur ses biens personnels; et ce n'est, comme nous avons dit, qu'en cas d'insuffisance, qu'ils pourraient être pris sur les biens personnels du gendre.

L'article 206 ne parle que du beau-père et de la belle-mère ; doit-on en conclure que les gendres et belles-filles ne devraient point d'aliments aux autres ascendans de leurs époux ? M. Prud'homme est d'avis de la négative, attendu que l'article n'en parle pas. Je ne partage pas son opinion. Les gendres et belles-filles doivent les aliments, parce qu'ils sont *loco filii ou filiæ.* Ils sont donc sujets à toutes les obligations d'un fils ou d'une fille, et par conséquent à celle de nourrir leurs ascendants par alliance. Ce n'est pas dans une matière aussi favorable que celle des aliments, que l'on doit suivre aussi judaïquement le texte de la loi.

---

* *C. N.*, 207.	Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.

[ARTICLE 169.]

169. Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

169. Maintenance is only granted in proportion to the wants of the party claiming it and the fortune of the party by whom it is due.

---

* *Pothier, loc. cit., Mariage*, 385, 389, 390. } *No.* 385, [*al.* 1,] *cité sous l'art.* 168. (Al 2.) Un enfant est reçu à cette demande, quand même ses père et mère lui auraient donné une somme d'argent, ou d'autres choses, pour se former un établissement, qu'il aurait dissipé par sa mauvaise conduite; son état présent d'indigence est suffisant pour fonder sa demande.

]389.] Les enfants sont obligés......... ....et de les assister dans leurs besoins *selon leur moyen.*

[390.] *Cité sous l'art.* 166, *p.* 136.

---

* 3 *Pand. franc., pp.* 357 à 364. } (*p.* 357.) De cette obligation, nait l'action que le père qui est dans l'indigence, peut intenter contre ses enfants, pour les faire condamner à lui fournir les aliments dont il manque.

Au reste, pour qu'il y ait lieu à condamner les enfants à fournir des aliments à leur père et mère, il faut que ceux-ci ne puissent pas se procurer le nécessaire par leur travail et qu'ils n'aient aucuns biens pour y subvenir.

Si les père et mère qui demandent des aliments, ont quelque bien, mais qu'ils prétendent n'être pas suffisant pour les faire vivre, il faut, dit M. Pothier, pour qu'ils soient écoutés dans leur demande, qu'ils offrent d'abandonner à leurs enfants ce peu de bien qu'il leur reste, à l'exception des meubles nécessaires pour leur usage; à la charge, par les enfants, d'acquitter, jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens, les dettes contractées jusqu'à l'abandon, par les pères et mères.

[p. 358.] L'obligation où sont les enfants de fournir des aliments à leur père et mère dans l'indigence est solidaire........

Que si quelqu'un des enfants est absolument hors d'état de contribuer aux aliments, il en est déchargé. La condamnation se restreint à ceux qui peuvent supporter cette charge. S'il y en a quelqu'un qui ne puisse y contribuer que dans une proportion inégale, le jugement règle la part qu'il devra acquitter.

(p. 359.) L'obligation des aliments se borne à ce qui est nécessaire aux père et mère pour vivre, se vêtir et se procurer les autres besoins. Elle ne comprend point le paiement des dettes contractées par les père et mère. Les enfants n'en sont point tenus.

[p. 364.] Il nous reste à observer que les aliments se règlent sur les besoins de celui qui les demande et sur les facultés de celui qui les doit. L'article 202 ne fait que répéter la disposition de la loi 234 ff. *de verborum significatione*, que nous avons déjà citée et qui n'est elle-même que l'expression de la règle de la raison naturelle.

---

* *C. N.*, 208. } Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit.

---

170. Lorsque celui qui fournit ou qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

170. Whatever the conditions of the party who furnishes or of the party who receives maintenance is so changed that the one can no longer give or the other no longer needs the whole or any part of it, a discharge from or a reduction of such maintenance may be demanded.

[ARTICLE 170.]

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 364 *et suiv.* } [p. 169.] Cette disposition est une conséquence du principe, que les aliments se règlent sur les besoins de celui qui les réclame, et sur les facultés de celui qui les doit.

Si les besoins du premier cessent, les aliments ne sont plus dus. Si ces besoins ne font que diminuer, les aliments doivent être réduits. Supposez, par exemple, que, dans le cas où le père et la mère s'étaient fait adjuger des aliments, l'un d'eux vienne à mourir les besoins du survivant ne sont pas aussi étendus.

Si la diminution des besoins arrive par l'acquisition que font les pères et mères, de quelque bien, faudra-t-il que pour contraindre les enfants à continuer de leur fournir ce qui peut leur manquer, ils offrent de leur abandonner ce bien ? L'affirmative serait une suite de l'opinion de M. Pothier, que nous avons rapportée plus haut, No. 163. Cependant, la loi ne le dit pas ; et nous ne croyons pas que, d'après ce silence, des enfants fussent écoutés, dans une pareille demande.

Si ce sont les facultés des enfants qui diminuent ou qui s'éclipsent entièrement, les aliments doivent diminuer ou cesser de même.

Mais, dans le cas où, de plusieurs enfants, il n'y en aurait que quelques-uns qui éprouveraient des revers de fortune, il n'en résulterait aucune diminution sur la somme des aliments, à l'égard des père et mère. Il s'ensuivrait seulement que la portion contributoire des enfants qui auraient essuyé des malheurs, devrait être diminuée, ou qu'ils en devraient être entièrement affranchis; mais leur portion de charge retomberait sur les autres enfants, restés en état de la supporter.

Dans tous les cas, la réduction, ou la décharge, doit être demandée en justice, et ordonnée par le Juge. Jusque là, le jugement qui condamne à fournir des aliments, qui en fixe la quantité, et la répartition, s'exécute.

* *C N.*, 209. } Lorsque celui qui fournit ou qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

---

171. Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal peut ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle doit des aliments.

171. If the person who owes a maintenance, justify that he cannot pay an alimentary pension, the court may order such person to receive and maintain in his house the party to whom such maintenance is due.

---

* *Pothier*, *Mariage*, *No.* 391 } Lorsque les enfants ne sont pas assez à leur aise pour pouvoir payer une pension à leur père et mère, si ces enfants tiennent un ménage, ils doivent être condamnés à recevoir en leur maison leurs père et mère, et les admettre à leur table et à leur feu, et à avoir pour eux les égards et les soins qui leur sont dûs......

Lorsque les enfants n'ont pas le moyen de payer une pension, et sont seulement en état de recevoir leurs père ou mère dans leur maison et à la table; si c'est le père seul ou la mère seule qui demande des aliments, les enfants doivent être condamnés à recevoir chez eux, chacun à leur tour, leur père ou leur mère, pendant une certaine partie de l'année, à commencer par l'aîné des enfants par exemple, s'ils sont quatre enfants, on les condamne à les recevoir tour à tour chacun pendant trois mois de l'année.

[ARTICLE 171.]

* *Pothier, Des personnes, part.* 1, *tit.* 6, *sect.* 2. } [27e. *al.*] Lorsque les enfants sont de pauvres gens qui n'ont pas le moyen de faire une pension ; on les condamne à recevoir tour à tour en leurs maisons leur père et mère.

---

* 1 *Merlin, Rép., Vbo. alimens,* §. 1, *art.* 1. } Le juge ordonne quelquefois que les garçons seront élevés chez le père et les filles chez la mère, pourvu qu'elle soit d'une bonne conduite : autrement le juge ordonne qu'elles seront élevées chez des parens dont les parties seront convenues, ou qu'elles seront mises dans un couvent. Pareillement, si le mari n'a pas des mœurs honnêtes et règlées, le juge ordonne que les garçons seront mis en pension, soit dans un collège, soit chez des parens ou quelqu'autre personne ; ce qui dépend des circonstances, de l'âge, de la condition et des biens des personnes. V. *Education* et l'art. 302 du C. Civil.

---

* *Lahaie p.* 71 *sur art.* 210, *C. N.* } Procès-verbal du Conseil d'Etat, 27 Septembre 1801.—*Réal* dit que ces articles ne font qu'ériger la jurisprudence en loi.

Emmery répond que la faculté de recevoir en sa demeure, de nourrir et d'entretenir celui auquel les alimens sont dus, n'était autrefois admise que dans le cas où celui qui les devait ne pouvait fournir une pension alimentaire. Cette jurisprudence avait pour objet d'empêcher que le père, à qui seul alors les alimens étaient dus, ne les reçût d'une manière trop pénible ; mais aujourd'hui que l'obligation de fournir les alimens est étendue au père, il faut qu'il puisse offrir à son fils de le recevoir dans sa demeure et à sa table ; autrement, et si le père devait au fils des secours pécuniaires, celui-ci les dissiperait à mesure qu'ils lui seraient payés, et reviendrait sans cesse faire valoir ses besoins.

Hua.—L'offre de fournir des secours dans la maison de celui qui les doit, ne suffit point pour décharger de l'obligation

[ARTICLE 171.]

de les fournir en argent; le tribunal pèse les motifs qui peuvent rendre ce mode gênant à l'une des parties.

Delvincourt. t. 1, *note* 1 *de la page* 80.—Les père et mère ne sont point assujettis à prouver qu'ils ne peuvent payer la pension alimentaire. L'enfant ne peut jamais être humilié de venir prendre ses alimens dans la maison paternelle.

Rolland de Villargues, V. alimens, N. 73.—*En connaissance de cause.*—En effet, il en coûte bien moins pour faire participer à l'habitation et à la vie commune des personnes à qui l'on doit des alimens, que pour les faire subsister dans une maison séparée. Voilà donc une considération entre autres que les magistrats ne doivent pas négliger. (*Vazeille. No.* 515.)

[No. 74].—D'un autre côté, il faut ici quelque circonspection, et examiner si, à raison du caractère et des habitudes de celui qui doit les alimens, et des dispositions dans lesquelles il se trouve, par rapport à la personne à laquelle ils sont dus, celle-ci n'aurait point des humiliations ou des mauvais procédés à souffrir. (*Duranton, No.* 414.)

Proudhon, t. 1, *p.* 258.— Quand c'est un ascendant qui se soumet à recevoir son fils ou petit-fils, sa proposition doit être plus facilement admise, soit parceque, régulièrement parlant, il n'est pas permis à l'enfant de quitter la maison paternelle sans la permission de son père, soit parcequ'il serait contraire au respect qu'il doit à ses auteurs, de refuser l'hospitalité qui lui est offerte.

Quand c'est au contraire un fils ou un petit-fils qui fait cette soumission envers son père ou son grand-père, les égards dus à la vieillesse, l'inconvénient de placer, sans nécessité, l'ascendant sous la dépendance du fils ou petit-fils, et peut-être même sous celle d'une belle-fille peu affectionnée pour lui, doivent rendre les tribunaux plus difficiles à accueillir une telle demande. (*Duranton, t.* 2, *No.* 414.)

Néanmoins, dans l'un comme dans l'autre cas, si la personne qui doit fournir les alimens justifie qu'elle ne peut

payer la pension alimentaire que de cette manière, les juges, en connaissance de cause, peuvent ordonner qu'elle recevra dans sa demeure et y nourrira et entretiendra celui auquel elle doit des alimens.

---

* *C. N.*, 210. } Si la personne qui doit fournir des alimens justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des alimens.

---

172. Le tribunal prononce également si le père ou la mère qui, quoique capable, offre de recevoir, nourrir et entretenir l'enfant à qui il doit des aliments, doit, dans ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire.

172. The court likewise decides whether the father or mother, who, although able to pay, offers to receive and maintain the child to whom a maintenance is due shall in that case be exempted from paying an alimentary pension.

---

* *Pothier, Mariage, Nos.* 391, 394, 395 } [391] Cité sous l'art. 171, p. 149.

[394.] Cité sous l'art. 165, p. 129.

[395.] Cité sous l'art. 166, p. 138.

---

* *Soefe, Nouveau Recueil de plusieurs questions notables, p.* 355, *III cent ch. cent.* } Par sentence du Juge de Roye, un particulier nommé de Lurie, ayant été condamné en la somme de deux cens livres de provision, pour les alimens d'une sienne petite-fille, âgée de deux à trois ans, issue d'un mariage contracté sans son consentement par François de Lurie,

[ARTICLE 172.]

son fils ainé, gendarme de sa profession, et qui avait suivi les armées dès son bas-âge, le dit de Lurie se plaignait de la dite sentence, non pas, pour révoquer en doute l'état de sa petite fille, ni contester la validité du mariage de son fils, mais parcequ'au préjudice des offres par luy faites de nourrir et élever sa petite fille dans sa maison, on l'avait condamné de payer la dite somme de deux cents livres de provision alimentaire, ce qui était contre toute sorte de règles et de maximes, par trois raisons. La première, que les alimens qui sont deus par le père à ses enfans n'estant deus à *lege*, *sed ex naturali æquitate, aut potius pietatis officio*. Le père ne peut pas être contraint civilement, c'est-à-dire, par la voie de Justice, et par une condamnation de les fournir. La seconde, que quand bien même un père y pourrait estre contraint, ce ne peut être qu'eu égard à ses biens et facultés ; que c'était la disposition expresse de droit en la loi *si quis a liberis*, *ff. de agnosc. et alend. lib.* §. 7, 10, 19 et 25, ce qui était encore décidé en la loi 2. Cod. *de alim. pup. præst.* où il est dit que : *Plerumque postulatur ut arbitrio Prætoris*, *pro modo facultatum*, *pupillis*, *vel juvenibus alimenta constituantur.* Tellement que le juge dont estait appel ayant prononcé la dite condamnation, sans être au préalable entré en connaissance de cause, pour sçavoir les facultés de celui qu'il voulait condamner, ainsi qu'il devait faire pour rendre la dite condamnation en quelque sorte proportionnée aux dits biens et facultés, qui estaient en effet si peu considérables, qu'à peine tout son revenu pouvait-il valoir la dite somme de deux cens livres, le mal jugé de la dite sentence était visible et apparent. La troisième et dernière raison est qu'en tous cas le dit juge ne pouvait passer par-dessus les offres faites par l'appelant de nourrir et alimenter sa petite fille dans la maison et auprès de luy, veû que quand il pouvait estre contraint de lui fournir des alimens, ce ne pouvait être ailleurs que chez lui ; car tout ainsi qu'en droit il y a un titre de *agnoscendis liberis*, pour montrer

que les pères et mères sont tenus de nourrir leurs enfans, il y en a aussi un autre de *liberis deducendis*, pour faire voir qu'ils ont droit de ramener leurs enfans et les tenir près de leur personne, *si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quominus eum Lucio Ticio ducere liceat vim fieri veto*, dit la loy 3 *de lib. exhib. vel deduc* que c'estait pour cette raison que la loi joignait ordinairement l'habitation avec les alimens, comme il se voit en la loi 6 et dernière de alim. *et cibar, leg.* où il est dit que *legatis alimentis, cibaria, vestitus, et habitatio debentur, quia sine his ali corpus non potest.* Ce qu'ayant toujours offert et offrant encore aujourd'hui, le juge dont estait appel n'avait pas eu raison de le condamner à payer une somme de deux cens livres, et ce d'autant moins que l'appelant estant un pauvre laboureur chargé de plusieurs autres enfants, presque ruiné par les gens de guerre qui avaient passé dans la Picardie de ces derniers temps, il était dans une impuissance absolue de fournir la dite somme de deux cens livres. Au contraire, de la part de la petite fille, estait répondu à l'égard de la première raison, par laquelle l'appelant s'était efforcé de donner atteinte à la dite sentence, qu'encore que les alimens ne soient deus par les Pères à leurs enfans que par une équité naturelle, il est certain néanmoins qu'ils peuvent être contraints de les fournir par l'office du juge, lorsqu'oubliant les sentimens de la nature ils se portent à cette dernière extrémité que de les leur refuser; et de fait qu'en cette loi *si quis à liberis. ff. de agnosc. et alend. lib.* §. 12. il est dit, que le juge peut contraindre les pères de rendre à leurs enfans cette preuve et cette marque de l'amour paternel, *non tantum*, dit ce paragraphe *alimenta, verum etiam cœtera quoque onera liberorum, patrem ab judice cogi prœbere rescriptis continetur.* Jusque là que cette mesme loi dans un autre paragraphe qui est le 10 veut que si le père refuse les alimens à son enfant, *pignoribus captis, et distractis cogatur sententiœ satisfacere*............

Conformément aux conclusions de Monsieur l'avocat gé-

néral Bignon qui rapporta un arrest rendu en l'année 1632 au Rôlle de Lyon, par lequel un père ayant demandé des alimens à son fils qui n'estait qu'un artisan, et le fils lui ayant offert de les luy fournir, pourveû qu'il voulust les venir prendre chez lui, parcequ'il n'avait point, disait-il, d'autre revenu que ce que son travail luy pouvait acquérir; pour ne pas mourir de faim, néanmoins le fils fut condamné de les luy fournir hors de sa maison, sur ce que le père soutint qu'il n'estait pas obligé de souffrir tous les jours la mauvaise humeur de sa femme qui lui pourrait reprocher sa nourriture et son entretenement.

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 366 *à* 369. } Ces deux articles (210 et 211 du C.) consacrent la différence que l'on faisait, autrefois, dans la jurisprudence, entre les pères et mères, et les enfans, par rapport aux alimens.

On tenait que les père et mère, à moins qu'il n'y eût de fortes raisons de l'ordonner autrement, n'étaient point tenus de fournir des alimens à leurs enfans hors de leur maison, et qu'ils satisfaisaient à leur obligation, en offrant de les y recevoir, de les nourrir et entretenir : qu'au contraire, ils pouvaient exiger que les enfans les leur fournissent sans être obligés d'aller demeurer avec eux ; parceque les parens sont ordinairement fort mal, quand ils sont obligés de vivre chez leurs enfans, aux dépens de ces derniers.

Le code civil adopte cet usage, suivant l'art. 204 [210], les enfans ne peuvent se dispenser de payer la pension, en offrant de recevoir leur père et mère chez eux, qu'autant qu'ils justifieront qu'ils ne peuvent fournir les alimens que de cette manière, et qu'ils sont dans l'impuissance de payer une pension en argent.

Au lieu que, suivant l'art. 205 [211], les père et mère ne seront point tenus de faire cette justification. Il leur suffira d'offrir de recevoir chez eux l'enfant à qui ils devront des

alimens. Ce sera à celui-ci, s'il refuse d'aller chez ses père et mère, à prouver qu'il en a raison valable ; et le tribunal prononcera sur la validité de ce motif. Il faut, pour être admis, qu'il soit grave ; car la règle, en ce cas, est contre l'enfant, dont la place naturelle est chez ses père et mère.

M. Pothier dit, Mariage, No. 391 : que quand il y a plusieurs enfans, et qu'ils n'ont pas le moyen de payer une pension, ils doivent être condamnés à recevoir chez eux, chacun à leur tour, leur père ou leur mère, pendant un certain temps de l'année, à commencer par l'aîné des enfans. Par exemple, dit-il, s'ils sont quatre enfans, on les condamne à les recevoir tour à tour chacun pendant trois mois.

Il est assurément bien triste de voir des pères et mères changer ainsi de demeure ; et d'ailleurs cela ne serait guère praticable, que quand les enfans demeurent près les uns des autres ; et quand chacun d'eux tient ménage.

Au moins, faudrait-il, pour adopter cet avis, que tous les enfants fussent également dans l'impuissance de payer absolument rien ; ce qui est très difficile. Lors donc que tous les enfants offrent unanimement de recevoir chez eux leur père et mère, pour se décharger du paiement de la pension ; il faut avoir égard au choix des père et mère, s'il en font un ; sinon, il faut fixer leur demeure chez l'un d'eux, auquel les autres seront condamnés à payer une pension proportionnée à leurs moyens.

L'obligation des enfants de fournir des alimens à leurs père et mère, qui sont dans le besoin, étant du droit naturel, affecte également les bâtards.

Par la même raison, aussi, ils ont droit à des alimens, de la part de leurs père et mère ; car cette obligation est réciproque.

C'est une grande question, d'après le code civil, de savoir si une fille grosse des faits d'un homme, peut avoir une action contre lui, tant pour ses aliments, que pour ceux de son

enfant, et si le bâtard, non reconnu, peut demander des alimens ?

---

* *C. N.*, 211. } Le tribunal prononcera également, si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra des alimens, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire.

CHAPITRE SIXIÈME.

DES DROITS ET DES DEVOIRS DES ÉPOUX.

173. Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance.

CHAPTER SIXTH.

OF THE RESPECTIVE RIGHTS AND DUTIES OF HUSBAND AND WIFE.

173. Husband and wife mutually owe each other fidelity, succor and assistance.

---

* *Pothier, Mariage*, *Nos.* 380, 382. } [380.] Le mari est obligé...de recevoir chez lui sa femme, de l'y traiter maritalement ; c'est-à-dire, de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Il est obligé d'aimer sa femme, de supporter ses défauts, de faire de son mieux pour les corriger par les voies de douceur ; d'avoir pour elle une complaisance raisonnable, sans néanmoins favoriser ses mauvaises inclinations. Lorsque ni lui ni sa femme n'ont pas de biens pour se procurer les choses nécessaires à la vie, il est obligé de travailler aux ouvrages auxquels il est propre, pour lui gagner sa vie autant que pour gagner la sienne. Enfin il est obligé envers sa femme au devoir conjugal, lorsqu'elle le lui demande, et à n'avoir commerce charnel avec aucune autre femme, contre la foi qu'il lui a donnée.

[ARTICLE 173.]

(382.(La femme, de son côté, contracte envers son mari l'obligation de le suivre partout où il juge à propos d'établir sa résidence ou sa demeure, pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors le royaume. Elle doit l'aimer, lui être soumise, lui obéir dans toutes les choses qui ne sont pas contraires à la loi de Dieu, et supporter ses défauts ; de travailler de tout son pouvoir au bien commun du ménage. Enfin elle est obligée envers son mari au devoir conjugal lorsqu'il le demande, à n'avoir de commerce charnel avec un autre homme, contre la foi qu'elle a donnée à son mari, et à n'accorder aucunes faveurs de cette espèce.

---

* 1 *Merlin*, *Rép.*, *Vbo. Alimens*, §. 3, *No.* 5. } ... Le 25 Juillet 1808, jugement en dernier ressort du tribunal civil de Châtillon sur Seine, qui, sans vérification préalable des faits énoncés par la veuve et les enfants Mondou, les condamne à payer les 504 livres 16 sous réclamés par la veuve Sebille, " attendu que cette créance a pour cause les aliments et " le logement fournis à leur mari et père ; que la renoncia- " tion de l'une et des autres, soit à la communauté soit à la " succession, ne peut être un obstacle au paiement qui leur " est demandé du montant de cette créance ; et qu'en effet " les aliments fournis à un mari, à un père, sont, de la part " d'une femme et des enfants, une dette sacrée du paiement " de laquelle rien ne peut les dispenser.

---

* 1 *Marcadé*, *p.* 548, *No.* 724. } *C. N.*, 212. " Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

Ce sont là les trois devoirs distincts ; car l'assistance n'a rien de commun avec le secours. Le secours consiste dans sa prestation, faite en nature ou en argent, des choses nécessaires à la vie ; l'assistance (de *sistere ad*) consiste à rendre per-

sonnellement les bons soins qu'on est en état de donner. Le secours sort de la bourse, *ex arcâ;* l'assistance vient du cœur, *ex virtute.*

Quant à la fidélité conjugale, quoique chacun des époux la doive au même titre et d'une manière aussi étroite, la loi cependant ne sanctionne pas et ne devait pas sanctionner le devoir du mari aussi sévèrement que celui de la femme. L'infidélité de la femme est beaucoup plus grave, d'abord en elle-même, parceque la nature de la femme demande plus de retenue, de modestie et de réserve, puis et surtout, par ses conséquences, puisque cette infidélité peut toujours mettre à la charge et dans la famille du mari des bâtards qui viendront voler sa succession. En conséquence, la loi permet la séparation de corps et prononce une peine correctionnelle pour tout adultère de la femme; tandis qu'elle n'attache ces effets, pour le mari, qu'à la circonstance d'avoir entretenu sa concubine dans la maison commune. Encore la peine correctionnelle est-elle plus légère.

Voy. *Delvincourt*, cité sous art. 174.

---

* *C. N.*, 212. } Cité *suprà*, par Marcadé.

---

174. Le mari doit protection à sa femme; la femme obéissance à son mari.	174. A husband owes protection to his wife; a wife obedience to her husband.

---

* *Pothier, Mariage, Nos.* 382, 400. } [382.] Cité *suprà*, sous l'art. 173, p. 158.

[400.] Un effet civil du mariage, propre au mari, est le droit de puissance maritale qu'il acquiert sur la personne et les biens de la femme.

[ARTICLE 174.]

* *Id.*, *Puissance du mari.* } [No. 1.] La puissance du mari sur la personne de la femme, consiste, par le droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dûs à un supérieur.

---

* 12 *Toullier*, *p.* 14. } Le mari doit protection à sa femme: il est donc obligé de la recevoir, de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

La femme doit obéissance à son mari. La société conjugale ne pourrait subsister, si l'un des époux n'était subordonné à l'autre. C'est au mari que la nature et les lois ont donné la prééminence et c'est dans cette prééminence qu'est la source du devoir de protection que la loi impose au mari.

C'est d'elle aussi que dérive l'obéissance de la femme; c'est un hommage rendu au pouvoir qui la protège. La puissance maritale n'est et ne doit être qu'une puissance de protection et non pas d'oppression.

---

* 1 *Delvincourt*, *p.* 79, *des notes ou p.* 155. } *Fidélité:* ce qui exclut tout commerce adultérin. *Secours:* On entend par là l'obligation de contribuer aux charges du mariage, et en cas de nécessité, sur les biens dont la jouissance, d'après les conventions matrimoniales, ne serait pas mise en commun. *Assistance:* Ainsi, les infirmités, les malheurs, et les accidents qui surviennent à l'un des époux, une maladie contagieuse, ne peuvent autoriser une demande en séparation d'habitation. *Quid enim*, dit Ulpien, *tam humanum est*, *quam ut fortuitis casibus mulieris maritum*, *vel uxorem viri participem esse !* (L. 22, § 7, ff. Solut. matrim.) Il n'y a que le crime et les mauvais traitements qui puissent fonder une demande en séparation.

[ARTICLE 175.]

* *C. N.*, 213. } Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

---

175. La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Le mari est obligé de la recevoir et lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.	175. A wife is obliged to live with her husband, and to follow him wherever he thinks fit to reside. The husband is obliged to receive her and to supply her with all the necessaries of life, according to his means and condition.

---

* *Pothier*, *Mariage*, *No.* 382. } Cité *suprà* sous l'art. 173, *p.* 158.

---

* *Id.*, *Puissance maritale*, *No.* 1. } ...Un des principaux effets, (de la puissance du mari) est un droit qu'a le mari d'obliger sa femme à le suivre partout où il juge à propos d'aller demeurer ou résider.

Pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors le Royaume et en pays étranger; car si le mari, en abjurant sa patrie, voulait s'y établir, la femme qui doit encore plus à sa patrie qu'à son mari, ne serait pas obligée de l'y suivre, et d'imiter l'abjuration que son mari fait de sa patrie.

---

* *Id.*, *Int. au titre* 10, *Cout. d'Orléans.* } [143.] La puissance du mari sur la personne de la femme, consiste principalement dans le droit qu'il a d'exiger que sa femme le suive partout où il voudra établir son domicile ou sa résidence pourvu que ce ne soit pas en pays étranger, et qu'elle lui obéisse en toutes autres choses raisonnables.

[ARTICLE 175.]

* 3 *Pand. fran.*, p. 375. } La femme, aussitôt qu'elle est mariée, perd le domicile qu'elle avait pour prendre celui de son mari. Elle est obligée de le suivre, dans la maison où il a formé son établissement, et d'y demeurer avec lui. Elle est obligée d'en changer, quand le mari se choisit une autre demeure. S'il arrive que, par tolérance, la femme réside ailleurs qu'avec son mari, elle ne conserve pas moins son domicile chez lui; et c'est à ce domicile seul, que peuvent être régulièrement données toutes les actions que l'on a à intenter contre elle. De cette obligation de la femme, de suivre son mari; partout où il lui plaît de fixer sa demeure, nait, en faveur de celui-ci, une action civile, qu'il a droit de former en justice, contre sa femme pour la faire condamner, quand elle s'en écarte, à retourner chez lui. La femme ne peut rien opposer à cette demande. Elle ne peut en éviter l'effet, qu'en donnant celle en séparation ou en divorce. Le mari a la même action contre ceux qui retiennent sa femme, quelqu'ils soient, fut-ce même ses père et mère. Si la femme condamnée à retourner avec son mari, refuse d'obéir au jugement, il peut être autorisé à la saisir, partout où elle se trouvera, pour la ramener de force dans sa maison.

Autrefois, le mari ne pouvait point obliger sa femme à le suivre hors du royaume.

L'art. 208 du Code Civil, dit indistinctement, que la femme est obligée de suivre son mari, partout où il juge à propos de résider.

Il suit incontestablement de ces termes, qu'elle est obligée de le suivre dans les colonies, quoique ce soit hors de France, s'il veut y aller demeurer et l'amener. S'ensuit-il de même, qu'il puisse la forcer de le suivre en pays étranger? La question s'est élevée, lors des discussions au Conseil. Après plusieurs objections et réponses, on s'est réduit à dire, que la question devait être abandonnée aux mœurs, et aux circonstances.

[ARTICLE 175.]

D'après cela, il faut distinguer. Ou le mari, qui va en pays étranger, ne veut y faire qu'une résidence momentanée, et ne perd point l'esprit de retour ; ou il s'y transporte, à dessein d'une perpétuelle demeure, et d'abdiquer sa patrie.

Dans le premier cas, il peut forcer sa femme à le suivre.

Dans le second il ne le peut pas ; car rien, dans nos mœurs, n'est plus précieux que la qualité de Français ; et la soumission de la femme à son mari, ne peut pas aller jusqu'à la contraindre de la perdre.

De son côté, le mari est obligé de recevoir sa femme chez lui, et de l'y traiter maritalement. C'est-à-dire de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. La traiter maritalement, c'est la traiter comme lui-même ; c'est partager avec elle son habitation, sa table et les services domestiques. Un mari qui reléguerait sa femme avec les serviteurs, qui ne lui permettrait pas de manger avec lui, qui, en un mot, la dégraderait dans sa propre maison, fournirait contre lui, de justes motifs de séparation ou de divorce.

De cette obligation du mari envers sa femme résulte de même, en faveur de celle-ci, une action civile, par laquelle elle peut demander, que son mari soit tenu de la recevoir. S'il refusait d'obéir au jugement qui l'y aurait condamné, elle serait fondée à demander une somme d'argent, telle que le juge estimerait convenable, au paiement de laquelle il serait contraint sur-le-champ, pour la mettre en état de subsister ; ainsi qu'à lui délivrer les habits, linges et effets à son usage, dont elle aurait besoin ; et si le mari persistait dans sa contumace, elle pourrait donner la demande en séparation, ou en divorce.

---

* *C. N.*, 214. } La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir

tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son etat.

---

176. La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, quand même elle serait non commune ou marchande publique. Celle qui est séparée de biens ne le peut faire non plus si ce n'est dans le cas où il s'agit de simple administration.

176. A wife cannot appear in judicial proceedings without her husband or his authorization, even if she be a public trader or not common as to property; nor can she, when separate as to property, except in matters of simple administration.

---

* *Coutume de Paris, art.* 224, 234. } [224.] Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée.

[234.] Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée *par effet* ou marchande publique, auquel cas étant marchande publique elle s'oblige et son mari touchant le fait et dépendances de la dite marchandise publique.

---

* *Pothier, Obligations, No.* 878. } Les femmes qui sont sous puissance de mari, ne peuvent, en pays Coutumier ester en jugement, soit en demandant, soit en défendant, sans être autorisées par leur mari, où à son refus par Justice. C'est pourquoi il ne suffit pas à ceux qui ont quelque action à intenter contre une femme mariée de l'assigner, il faut qu'ils assignent son mari avec elle.

Au reste, une femme est censée suffisamment autorisée de son mari, lorsque son mari est en cause avec elle ; et en cela les actes judiciaires sont différents des extra-judiciaires ; car

pour qu'une femme mariée contracte valablement hors justice il ne suffit pas que son mari soit partie avec elle au contrat, il faut qu'il soit dit en termes exprès qu'il l'autorise.

---

* *Id., Puissance marit.* *Nos* 15, 55, 56, 61, 62. } (15.) Le besoin qu'a une femme de l'autorisation de son mari,pour les contrats et autres actes qui se présentent dans le commerce de la société civile, ayant son fondement dans la puissance que son mari a sur sa personne, et non sur la communauté de biens en laquelle elle est avec son mari, on en doit conclure qu'une femme, quoique séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par une sentence de séparation intervenue depuis le mariage, ne laisse pas d'avoir besoin de l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concerneraient que la simple administration de ses biens.

C'est pourquoi, la seule différence que la séparation de biens met entre la femme, qui est séparé de biens, et celle qui ne l'est pas, par rapport à la nécessité de l'autorisation, est que la femme, qui n'est pas séparée, ne peut faire valablement aucun acte, aucun contrat, quelqu'il soit, sans autorisation de son mari, ou du Juge. Au contraire, la femme séparée ayant par sa séparation le droit d'administrer elle-même ses biens, les coutumes l'ont dispensée de l'autorisation pour tous les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit en l'article 234 de la coutume de Paris; " *Une femme mariée ne se peut obliger " sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet " ou marchande publique.*"

Le sens de cet article, est que la femme mariée, qui n'est ni séparée ni marchande publique, ne peut en aucun cas, par quelque acte, ou par quelque contrat que ce soit s'obliger sans le consentement de son mari.

[ARTICLE 176.]

Mais on n'en doit pas conclure que celle qui est séparée, puisse indistinctement, pour quelque acte que ce soit, se passer de l'autorisation du mari : elle peut s'en passer seulement pour les actes et contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens, que la séparation lui donne droit d'administrer.

A l'égard de tous les autres actes, comme seraient les contrats de vente, ou d'échange d'un héritage, un emprunt de sommes considérables, l'acceptation ou répudiation d'une succession échue à la femme, et généralement tous les actes qui ne sont pas de simple administration, la femme, quoique séparée, ne peut valablement le faire sans l'autorisation de son mari ou du juge.

(No. 55.) La femme mariée, étant sous la puissance de son mari, ne peut ordinairement ester en jugement, sans l'assistance de son mari ; ce n'est que par cette assistance qu'elle a *legitimam standi in judicio personam.*

La Coutume de Paris, art. 224, en a une disposition : il y est dit, "*femme ne peut ester en jugement, sans le consentement " de son mari, si elle n'est autorisée, ou séparée par justice, et la ' dite séparation exécutée.*"

La même disposition se trouve dans la plupart des coutumes, et elle est un droit commun pour tout le pays coutumier.

C'est pourquoi, quoique les actions qui concernent la propriété des biens immeubles de la femme, appartiennent à la femme, et que le mari ne puisse les intenter sans sa femme, ni y défendre sans elle, la femme ne peut pas non plus intenter les dites actions sans son mari, ni y défendre sans lui.

Lors donc qu'une femme mariée intente une demande, l'exploit d'assignation doit être donné à la requête du mari et de la femme. Si la demande était donnée à la requête de la femme seule, elle serait nulle, aussi bien que toute la pro-

cédure qui aurait été faite, et la sentence qui aurait été rendue sur cette demande.

Pareillement, lorsque quelqu'un intente une action contre une femme mariée, il doit donner la demande contre le mari et la femme ; la demande qui serait donnée contre la femme, serait nulle, aussi bien que la procédure et la sentence.

[56.] Ce principe, qu'une femme mariée ne peut ester en jugement sans son mari, a lieu, même à l'égard des instances commencées avant son mariage. C'est pourquoi, si pendant le cours d'une instance sur une demande qu'une fille a donnée contre quelqu'un, ou qu'on a donnée contre elle, cette fille se marie on ne peut plus, depuis son mariage, procéder valablement, ni de part ni d'autre, jusqu'à ce que l'instance ait été reprise par son mari ; ou que sur le refus de reprendre l'instance, elle ait été autorisée par justice à continuer de la poursuivre, ou d'y défendre.

[61.] La coutume de Paris, en l'article ci-dessus rapporté, fait une seule exception à l'égard des femmes, par ces termes : *ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée.*

Ce pouvoir que la coutume donne aux femmes séparées, d'ester en jugement, sans l'assistance de leurs maris, étant une suite du pouvoir que la séparation leur donne d'administrer leurs biens, sans avoir besoin pour cela de leur mari, il est évident que cette exception pour les femmes séparées, ne doit s'entendre que des actions qui concernent l'administration de leurs biens, qu'elles peuvent intenter et auxquelles elles peuvent défendre sans leurs maris.

A l'égard de celles qui concernent la propriété de leurs immeubles les femmes, quoique séparées ne peuvent les intenter ni y défendre, sans l'assistance de leur mari, ou l'autorisation du juge.

La coutume veut que la séparation soit exécutée, car comme nous l'avons déjà vu, *Suprà*, N° 18, les sentences de

séparation qui n'ont pas été mises à exécution, sont regardées comme non avenues, et n'ont aucun effet.

La coutume dit, *séparée par justice:* elle entend par ces termes, qu'une séparation qui se fait par une simple convention, intervenue entre les conjoints, durant le mariage, ne donnerait pas de même le pouvoir à la femme d'ester en jugement sans son mari, ces conventions étant nulles, et ne pouvant produire aucun effet. C'est en ce sens que sont entendus ces termes, *par justice*, dans l'acte de notoriété du Chatelet de Point du 8 mai 1703 : mais la coutume n'entend pas par ces termes, *par justice*, restreindre au seul cas des *séparations judiciaires*, le pouvoir qu'elle donne aux femmes séparées et ne pas l'accorder dans le cas des séparations contractuelles, portées par le contract de mariage. Il y a même raison dans l'un et dans l'autre cas ; la séparation contractuelle, qui est une loi irréformable du contrat de mariage, parait même quelque chose de plus fort que la judiciaire.

[62.] Quelques coutumes ajoutent une troisième exception à l'égard des femmes marchandes publiques, auxquelles elle donne le pouvoir d'intenter, sans leur mari et sans autorisation, des demandes relatives à leur commerce, et d'y défendre ; telles sont celles de Dousdan, tit. 6, art. 80 ; de Nante, art. 125.

Les marchandes publiques ont-elles ce pouvoir dans la Coutume de Paris, et dans celles qui ne s'en sont pas expliquées. Je ne le crois pas. Si la Coutume de Paris eut voulu donner ce pouvoir aux femmes marchandes publiques, elle les aurait comprises avec les femmes séparées dans l'exception de l'art. 234.

La séparation donne à la femme le pouvoir d'administrer ses biens, et d'en jouir pour son compte particulier ; c'est une suite de ce pouvoir que la femme puisse donner les demandes qui concernent cette jouissance, et y défendre, sans le consentement de son mari, qui n'y a aucun intérêt. Au contraire,

la femme marchande publique exerce son commerce pour le compte de la communauté. Si le mari en lui permettant de faire un commerce, est censé lui permettre de faire, sans la consulter, tous les contrats relatifs à ce commerce,ce n'est pas une conséquence qu'il doive être censé lui avoir permis pareillement d'intenter et de soutenir, sans son consentement, des procès, quoique relatifs à ce commerce.

---

* *Id.*, *Intr.*, *au titre X. Cout. D'Orléans*, *No.* 144. } Le droit coutumier a donné beaucoup plus d'étendue à cette puissance du mari. Il met la femme dans une telle dépendance de son mari, qu'il la rend inhabile à agir ou défendre en jugement sans lui, et même à contracter hors jugement, et à disposer de ses biens par actes entre vifs sans y être par la loi autorisée. Ce principe a néanmoins ses exceptions. (Voyez les arts. 194 et 196.)

Cette autorisation du mari, nécessaire pour tout ce que fait la femme, est bien différente de celle du tuteur, qui est nécessaire pour les actes du mineur. Celle-ci n'étant requise qu'en faveur du mineur et pour son intérêt, le défaut de cette autorisation ne rend nuls les actes du mineur qu'autant qu'il est de son intérêt qu'il ne subsistent pas; et ce défaut ne peut être opposé au mineur lorsqu'ils lui sont avantageux. Au contraire, l'autorisation du mari n'étant pas requise pour l'intérêt de la femme, ni en sa faveur, mais parceque la dépendance en laquelle elle est de son mari la rend inhabile à tout si elle n'est autorisée, le défaut d'autorisation rend absolument nuls tous les actes de la femme, soit qu'ils lui soient désavantageux, soit qu'ils soit avantageux : c'est pourquoi l'Ordonnance de 1731, art. 9, déclare nulle l'acceptation faite par une femme non autorisée, d'une donation qui lui est faite.

De là naît une autre différence, qui est que l'acte du mineur fait sans autorisation, peut être validé par la ratification du mineur devenu majeur, et qu'il a, du jour de sa date, toutes

les hypothèques qui en résultent s'il a été fait pardevant notaire. Au contraire, l'acte fait par une femme non autorisée ne peut être validé par la ratification de la femme devenue veuve ; ce qui est absolument nul, ne pouvant être confirmé.

C'est pourquoi cette ratification ne pourra avoir l'effet que d'une nouvelle convention entre les parties.

---

* *Id., Cout. d'Orléans, titre X, art.* 194, 201. } [194.] *Femme mariée ne peut* (1) donner, aliéner, disposer, ni aucunement contracter (2) entrevifs (3), sans autorité (4) et consentement de son mari.

(1) Ces termes expriment son inhabileté.

(2) Ce terme signifie qu'elle ne peut en contractant, ni s'obliger, ni obliger les autres envers elle.

(3) Mais elle peut sans son mari faire testament et autres ordonnances de dernières volontés. La raison est, 1° qu'il est de la nature des dernières volontés, d'être la volonté de la seule personne qui dispose de quelque chose après sa mort sans que la volonté d'aucune autre personne y doive influer; 2° parcequ'elles n'ont effet qu'au temps de la mort, auquel temps cesse la puissance maritale qui rendait la femme inhabile à disposer.

(4) Voyez Int. au titre, No. 143.

[201.] *Femme conjoincte par mariage peut poursuivre les autres* (1) *actions et droicts avec l'authorité* (2) *de son mary. Et au refus de l'authoriser par son dit mary, elle peut requérir être authorisée par justice, et en cette qualité intenter* (3) *les dites actions ; sans que les sentences ou jugements qui pourraient être donnés à l'encontre des dites femmes non authorisées neadvouées par les dits maris puissent être exécutées sur les biens de la communauté et pendant icelle. Toutefois le mari sera tenu rapporter* (4) *ce qu'il aura pris et reçu à cause des dits droicts et actions poursuivies par sa dite femme.*

(1) Qui concernent la propriété de ses immeubles. Quoi-

qu'elle demeure, durant le mariage, propriétaire de ces actions et qu'elles ne soient pas comprises sous la disposition de l'art. 195, néanmoins la puissance que son mari a acquise sur elle, qui la rend inhabile à rien faire que dépendamment de lui (art. 194), l'empêche de pouvoir intenter ces actions sans être autorisée par son mari ou par justice.

Par la même raison, elle ne peut défendre seule aux actions qui concernent la propriété de ses immeubles : ceux qui ont ces actions à intenter contre elle doivent assigner son mari et elle.

Quand même l'action aurait été intentée avant le mariage, par la femme, ou contre elle, la procédure ne peut plus, depuis le mariage, se faire par elle ni contre elle, si elle n'est assistée de son mari, ou sur son refus, autorisée par justice.

(2). Il n'est pas nécessaire que cette autorité soit expresse comme elle doit l'être dans les actes judiciaires : la femme est censée suffisamment autorisée par son mari, lorsqu'il est partie conjointement avec elle dans l'instance.

(3). Mais non pas recevoir.

(4). Par exemple, lorsqu'une femme, au refus de son mari, s'est fait autoriser par justice pour accepter une succession, poursuivre les débiteurs et défendre aux actions des créanciers de cette succession ; quoique les condamnations obtenues par les dits créanciers contre cette femme ne puissent s'exécuter durant le mariage sur les biens de la communauté, néanmoins le mari doit leur compter de tout ce qu'il a reçu pour sa femme de cette succession.

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 378. } [*No.* 176.] Cette autorisation, ainsi que nous venons de le voir sur l'article précédent, était particulière à nos coutumes, et inconnue au Droit Romain. Elles avaient mis la femme dans une telle dépendance de son mari qu'elle ne pouvait rien faire de valable, et qui eût quelqu'effet civil, si elle n'avait été

habilitée, ou autorisée par lui, à le faire. Mais la règle coutumière à cet égard, était beaucoup plus rigoureuse que celle introduite par le code civil, comme nous l'allons voir, tant sur cet article que sur les suivants.

Le besoin que la femme mariée, a de l'autorisation de son mari, n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison ; car, le mariage ne la rend pas plus faible que les filles ou les veuves qui, lorsqu'elles sont majeures, n'ont pas besoin de l'autorité d'un tuteur, pour agir, ou pour contracter. La nécessité de l'autorisation du mari est donc fondée sur la puissance même de sa femme, et qui la met dans sa dépendance, en sorte qu'elle ne peut rien faire sans sa permission.

(*No.* 177.) De là, il suit qu'il y a une très grande différence entre cette autorisation du mari, et l'autorité d'un tuteur, à l'égard de son pupille. Celle-ci n'étant requise, qu'à cause de la faiblesse de l'âge du mineur, et seulement pour son intérêt, il en résule, que le défaut du concours du tuteur ne peut être opposé que par le mineur ou ses héritiers, et que s'il juge l'acte avantageux, il peut en poursuivre l'exécution, sans que ceux avec qui il a contracté puissent argumenter du défaut qui se trouve dans l'acte. Il s'ensuit encore, que la nullité de l'acte étant purement relative, et introduite en faveur du mineur, la ratification qu'il en fait, en majorité, a un effet rétroactif, à la date même de l'acte, en sorte que l'hypothèque qui en résulte, remonte à cette date.

Au contraire, la nécessité de l'autorisation du mari étant un attribut de la puissance que la loi lui donne sur la personne même de sa femme, et qui rend la volonté de celle-ci insuffisante, si elle n'est validée par celle du mari, il n'importe que l'acte, passé sans l'autorisation de celui-ci, soit, ou non, avantageux à la femme. Il est indistinctement invalide, et sans effet. La nullité est tellement absolue, que la ratification que la femme en ferait, en viduité, ne serait pas rétroactive. Elle serait un nouvel acte, qui ne vaudrait et

n'attribuerait par exemple, l'hypothèque, qu'à compter de la date de la ratification, et non à compter de celle de l'acte fait pendant le mariage.

L'autorisation, suivant la plupart des Coutumes était si rigoureusement exigée, que le terme, autorisée, était sacramentel. Le concours du mari à l'acte n'était pas suffisant pour le valider, s'il n'était dit expressément, qu'il autorisait sa femme. Le code civil a adouci cette rigueur qui tenait de la subtilité. Il a rendu générale la disposition des Coutumes, qui se contentaient du concours du mari dans l'acte fait par la femme.

[*No.* 178.] La puissance du mari sur la personne de sa femme naissant au moment même de la célébration il s'ensuit qu'aussitôt que cette célébration est faite la femme ne peut plus agir sans l'autorisation de son mari.

En conséquence, si la femme avait, avant son mariage, un procès encore pendant, il faudrait après le mariage, le reprendre au nom du mari et de la femme. Autrement tout, ce qu'elle ferait depuis serait nul. Si on ne faisait pas cette reprise, ses adversaires feraient assigner le mari et la femme, pour voir dire qu'ils seraient tenus de reprendre, sinon, que la femme serait autorisée par le tribunal, à le faire. Sans cela, il y aurait de même nullité de tout ce qui serait fait contre la femme seule.

[*No.* 179.] De la nécessité de l'autorisation du mari, pour que la femme puisse ester en jugement, il suit que, quand une femme mariée intente une demande, l'emploi d'assignation doit être donnée à la requête du mari et de la femme. Si il était donné à la requête de la femme seule, il serait nul, ainsi que toute la procédure qui s'ensuivrait; et même le jugement qui serait prononcé.

La citation au bureau de conciliation, qui, dans notre ordre judiciaire actuel, doit précéder toute demande civile,

doit-elle également être donnée à la requête du mari et de la femme.

On ne peut pas balancer à décider l'affirmative. On opposerait vainement que cette citation n'est pas une demande, qu'elle n'est qu'un acte préparatoire, un avertissement de l'action que le citant se propose de donner. On répondrait d'une manière victorieuse, que le but de la citation est de concilier, de transiger, s'il est possible. Or, une femme mariée ne peut pas transiger sans l'autorisation de son mari. Donc elle a besoin de cette autorisation pour citer, à l'effet de transiger.

Si, après la citation donnée à la requête de la femme seule, la demande a été donnée, tant à sa requête qu'à celle de son mari, la procédure sera-t-elle valable ?

Non : et l'on dirait encore inutilement, que la femme n'a point esté en jugement, sans l'autorisation de son mari, puisqu'il était en cause, et qu'il a procédé conjointement avec elle. On ajouterait tout aussi inutilement, qu'il a aussi approuvé et ratifié la citation donnée sans lui.

La loi veut à peine de nullité de toute la procédure que la demande soit précédée de la citation au bureau de conciliation. Il faut, en conséquence, que cet acte, pour servir de fondement à la procédure subséquente, soit régulier et valable. Or dans l'espèce, cette citation est nulle. Donc elle ne peut servir de bâse à la procédure faite depuis.

Quod nullum est nullum producit effectum. La ratification du mari, que l'on fait résulter de ce qu'il a paru depuis dans l'instance est inutile. Elle ne peut pas faire que sa femme eût pu transiger valablement, dans un temps où il ne l'assistait pas ; et d'ailleurs, il est très-possible que ce soit à raison de ce défaut d'assistance, que la partie adverse a refusé de s'arranger.

Comme la demande, intentée par la femme, doit, pour être régulière, être donnée à la requête d'elle et de son mari,

de même, aussi, celle dirigée contre elle, doit, pour être régulière, être donnée, tant contre son mari, que contre elle ; et ce que nous disons de la demande, s'applique également à la citation préliminaire en conciliation.

Si le mari refuse de défendre à la demande, la femme peut être autorisée par le juge, soit à sa requête, soit même à celle du demandeur ; et cette autorisation suffit pour valider la procédure.

Quant à l'effet que le jugement qui interviendra, aura, dans ce cas, contre le mari, c'est ce que nous verrons, quand le titre du code civil sur la communauté, sera décrété. Suivant les anciens principes, qui nous paraissent conformes à la justice, et à la saine raison, ce jugement attribuait l'hypothèque sur les biens de la femme, mais il ne pouvait point être exécuté contre le mari, tant que durait la communauté. Il en était de même, lorsque la femme au refus de son mari, s'était fait autoriser par le juge, à intenter une demande. C'était une suite de la propriété du mari sur tous les biens de la communauté, et par conséquent, sur les revenus de ses immeubles qui en faisaient partie.

[*No.* 180.] La Coutume de Paris (art. 224), celle d'Orléans (arts. 198-200-201), et plusieurs autres, qui formaient, à cet égard, le droit commun de la France, faisaient exception à la règle de la nécessité de l'autorisation du mari, quand la femme était non commune en biens. Alors, elle pouvait ester en jugement, sans autorisation, pour les actions relatives à l'administration de ses biens. Dans l'usage, quelle que fut la nature de l'action dirigée par la femme séparée, ou contre elle, on y mettait toujours le mari, en nom, pour la régularité de la procédure. Le code civil adopte cet usage, et décide que la femme, même non commune, ou séparée de biens ne pourra ester en jugement, sans l'autorisation de son mari.

C'était, dans les coutumes qui ne s'en expliquaient point

une question controversée entre les auteurs, de savoir, si la femme, marchande publique, pouvait ester en jugement, à raison des affaires relatives à son commerce. Le Code civil la résoud pour la négative.

Quelques tribunaux ont cru voir une contradiction entre cette disposition, et celle de l'article 2141 qui autorise la femme, marchande publique, à s'obliger, sans l'autorisation de son mari, pour ce qui concerne son négoce. Ils en ont conclu, qu'elle devait, par une suite nécessaire, pouvoir plaider tant en demandant qu'en défendant, pour raison du même commerce.

Mr. Pothier répond d'une manière très satisfaisante, à cette objection. La femme, marchande publique, dit ce savant jurisconsulte, exerce son commerce pour le compte de la communauté. Si le mari, en lui permettant de faire ce commerce, est censé lui permettre de faire, sans le consulter tous les contrats relatifs à ce commerce, ce n'est pas une conséquence, qu'il doive être censé, lui avoir permis pareillement d'intenter, et de soutenir, sans son consentement, des procès, quoique relatifs à ce commerce.

En effet, l'autorisation du mari, comme nous l'avons vu au commencement de nos observations sur cet article, n'est pas une suite du droit de communauté, c'est une conséquence de la puissance maritale. Le mari, en souffrant que la femme fasse un commerce public, lui permet nécessairement de faire tout ce qui est inséparable de son exercice. Mais des procès quoique relatifs à ce commerce, sont des accidents qui n'en font pas partie essentielle, et pour lesquels, par conséquent, la femme a besoin de l'approbation expresse de son mari.

Remarquez que le but de la loi, quoiqu'elle se serve ici du mot autorisation, est rempli, lorsque le mari parait en nom, dans le procès, avec sa femme, et procède avec elle. Il n'est pas nécessaire qu'il l'autorise expressément. Telle a toujours été l'usage constant, à l'égard des actions judiciaires; et,

d'ailleurs, on voit par tous les articles du code civil, sur cet objet, qu'il prend le mot *autorisation*, dans le même sens que celui *concours* et qu'il leur donne la même acception.

---

* *C. N.* 215. } La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens.

---

177. La femme, même non commune, ne peut donner ou accepter, aliéner ou disposer entrevifs, ni autrement contracter, ni s'obliger, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit, sauf les dispositions contenues dans l'acte de la 25 Vict. chap. 66.

Si cependant elle est séparée de biens, elle peut faire seule tous les actes et contrats qui concernent l'administration de ses biens.

177. A wife even when not common as to property, cannot give nor accept, alienate, nor dispose of property *inter vivos*, nor otherwise enter into contracts or obligations, unless her husband becomes a party to the deed, or gives his consent in writing; saving the provisions contained in the act 25 Vict. chap. 66.

If, however, she be separate as to property, she may do and make alone all acts and contracts connected with the administration of her property.

---

* *Pothier*, *Obligations*, *Nos.* 50, 52. } [50.] Il y a des personnes qui, étant par la nature capables de contracter, en sont rendues incapables par la loi civile. Telles sont, dans le pays coutumier, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas

autorisées de leurs maris, ou par justice : car c'est un effet de la puissance maritale, que la femme ne puisse rien faire que dépendamment de lui, et autorisée par lui : d'où il suit que sans cette autorisation, elle est incapable de faire aucune convention, et qu'elle ne peut ni s'obliger envers les autres, ni obliger les autres envers elle.

[52, *al.* 2.] Il nous reste à observer une différence entre l'incapacité des interdits et des mineurs, et celle des femmes qui sont sous puissance de mari. Celles-ci sont absolument incapables de contracter sans être autorisées ; elles ne peuvent pas plus, sans cela, obliger les autres envers elle en contractant, que s'obliger elles-mêmes. Elles ne peuvent pas même accepter une donation qui leur serait faite ; Ordonnance de 1731, art. 9 : au contraire, les interdits pour prodigalité, et les mineurs qui commencent à avoir quelque usage de raison, sont plutôt incapables de s'obliger en contractant, qu'ils ne sont incapables absolument de contracter ; ils peuvent, en contractant sans l'autorité de leur tuteur ou curateur, obliger les autres : *Placuit meliorem conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, Instit. tit. de auctor. tut.* La raison de cette différence est que la puissance des tuteurs et des curateurs n'est établie qu'en faveur des mineurs et des interdits : l'assistance des tuteurs et curateurs n'est requise, lorsque ces personnes contractent, que pour l'intérêt de ces personnes, et dans la crainte qu'elles ne soient trompées : c'est pourquoi elle devient superflue toutes les fois qu'elles font leur condition meilleure. Au contraire, la puissance du mari, sous laquelle est la femme, n'étant pas établie en faveur de la femme, mais en faveur de son mari, le besoin qu'elle a de requérir l'autorisation de son mari pour contracter, n'étant pas requis pour l'intérêt de la femme, mais comme une déférence qu'elle doit à son mari, elle ne peut contracter en aucune manière, soit à son avantage, soit à son désavantage, sans l'autorité de son mari.

* *Id.*, *Puissance maritale*, *Nos.* 2, 15, 34, 42, 43, 71. } [2.] Nos coutumes ont mis la femme dans une telle dépendance de son mari, qu'elle ne peut rien faire de valable, et qui ait quelqu'effet civil, si elle n'a été habilitée et autorisée par lui à le faire.

[15.] Vide *suprà*, sous l'art. 176, p. 171.

[34.] Par ces termes *ne aucunement contracter*, la coutume déclare nuls tous les contrats que la femme fait sans autorisation, soit qu'ils lui soient préjudiciables soit même qu'ils lui soient avantageux, et elle ne peut pas plus obliger les autres envers elle, que s'obliger envers les autres. L'Ordonnance de 1731 a confirmé ces principes en déclarant qu'une femme mariée ne pouvait, sans autorisation, accepter valablement une donation qui lui était faite.

[42.] Ricard, Lebrun et d'autres auteurs exceptent encore de la nécessité de l'autorisation les contrats qui interviennent durant le mariage entre le mari et la femme, tels que sont les dons mutuels. Les moyens sur lesquels ils fondent leur opinion ne me paraissent pas solides : ils disent 1o que le besoin qu'a la femme de l'autorisation du mari, étant un droit établi en faveur du mari, on ne doit pas le rétorquer contre lui, et opposer le défaut d'autorisation contre les contrats de sa femme, lorsqu'il a intérêt qu'ils soient valables.

Ce principe est démenti par l'Ordonnance de 1731, art. 9, qui déclare nulles les donations que la femme a acceptées sans être autorisée, soit que la femme soit commune, soit qu'elle soit séparée, quoique le mari, lorsque la femme est commune, ait intérêt qu'elles soient valables, puisque sa communauté en profiterait.

Ils disent, 2o que le mari ne peut autoriser sa femme dans un contrat qui intervient entre elle et lui : *cum nemo possit author esse in rem suam ;* la coutume en permettant expressément le don mutuel entre mari et femme, pour lequel,

dit-on, le mari ne peut autoriser sa femme, il dispense tacitement cet acte de l'autorisation.

Cette seconde raison n'est pas bonne : si un tuteur ne peut pas être *author in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur ; ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari, qui n'intervient pas parce qu'il veille aux intérêts de la femme, qui est capable d'y veiller elle-même ; mais pour habiliter sa femme à contracter : or il faut également l'habiliter pour un contrat qui intervient entre lui et sa femme, comme pour des contrats que sa femme fait avec des tiers. C'est pourquoi, nonobstant l'avis de ces auteurs, il est plus sûr que le mari autorise sa femme dans les contrats qui interviennent entre lui et elle. Auzanet rapporte un arrêt du 28 août 1635, qui a déclaré nul contre le mari un don mutuel, faute d'autorisation de la femme.

[43.] De droit commun, la femme n'a besoin d'autorisation que pour les actes entrevifs ; elle n'en a pas besoin pour des dispositions testamentaires. C'est ce qui résulte de ces termes de la Coutume, ne *peut contracter entrevifs* ; lesquels restreignent formellement la nécessité de l'autorisation aux actes *entrevifs ;* d'où il suit qu'elle n'est point requise pour les dispositions testamentaires. La raison est, 1o qu'il est de la nature de ces dispositions d'être l'ouvrage de la volonté seule du testateur, sans que celle d'aucune autre personne y doive influer ; 2o que les testaments étant la dernière volonté dans laquelle meurt le testateur, ils n'ont leur *être* qu'au temps de la mort du testateur, temps auquel cesse la puissance que le mari avait sur la personne de sa femme, et auquel doit par conséquent cesser la nécessité de l'autorisation.

[71.] Nous ne sommes pas si rigoureux à l'égard de l'autorisation du mari, dont la femme a besoin, que l'étaient les

Romains à l'égard de celle du tuteur, dont le pupille avait besoin pour contracter : celle-ci ne pouvait être utilement interposée, que lors de la passation de l'acte par le tuteur en personne : *Tutor in ipso negotio præsens debet author fieri. Instit. Tit. de auth. tut.* § 2.

Au contraire, il n'est pas précisément nécessaire que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin pour contracter, soit interposée précisément lors de la passation du contrat pour lequel on en a besoin ; il n'est pas nécessaire non plus que le mari soit présent à ce contrat ; le mari peut valablement autoriser sa femme par un acte qui précède celui pour lequel il l'autorise, et il n'importe quel intervalle de temps il y ait entre l'acte d'autorisation, et le contrat pour lequel la femme a été autorisée.

Il est à propos en ce cas d'annexer à la minute du contrat, l'acte de procuration par lequel le mari a déclaré qu'il autorisait sa femme pour le faire ; autrement, si par la suite on attaquait le contrat, et qu'on ne pût rapporter cette procuration, on ne pourrait établir la validité du contrat ; l'énonciation faite par le contrat, que la femme est autorisée par acte d'un tel jour, passé devant tel notaire, et qu'elle l'a représenté, ne suffirait pas pour établir la validité du contrat, l'acte d'autorisation n'étant pas rapporté.

---

* *Id. de la Propriété, n° 7.* } [6*e al.*] Lorsqu'une femme en se mariant, passe sous la puissance de son mari, elle conserve le droit de propriété de ses biens ; elle a en conséquence le fond des droits que renferme le droit de propriété ; mais la puissance en laquelle elle est de son mari, la prive de la faculté de les exercer à son gré, ne pouvant aliéner ni disposer de rien de ce qui lui appartient, sans l'autorisation de son mari, comme nous l'avons vu en notre Traité de la Puissance du mari.

* *Id., Communauté, No* 522. } C'est un des effets de la sentence de séparation, que la femme acquiert par là le droit d'administrer ses biens, et de faire tous les contrats relatifs à cette administration, sans avoir besoin d'être autorisée; mais elle ne peut les aliéner sans être autorisée.

---

* *Id., Cout. d'Orléans, Tit.* 15, *No.* 5. } La donation renfermant l'aliénation irrévocable de la chose donnée, il suit de là que ceux qui ne peuvent aliéner, ne peuvent donner ....
...........Les femmes sous puissance de mari ne le peuvent non plus, sans y être autorisées par leurs maris.

---

* *Merlin, Rép. Vbo. Autorisation maritale, sect.* 6, § 3, *No* 2. } La question de savoir si un acte nul par défaut d'autorisation antérieure ou concomitante, peut être validé par une autorisation postérieure, dépend de l'aspect sous lequel on envisage l'autorisation en général.

Si vous ne considérez dans la loi qui prescrit l'autorisation, qu'une précaution introduite en faveur du mari; et si, en conséquence, vous ne faites durer que pendant le mariage la nullité que produit toute contravention à cette loi, il est clair que l'autorisation subséquente aura le même effet que si elle eût précédé ou accompagné la confection de l'acte, parce que, dans le vrai, ce genre d'autorisation n'en a que le nom, et n'est en soi qu'un simple consentement, qui, donné après coup, a le même effet que lorsqu'il est intervenu dès le principe.

C'est en effet ce que l'on jugeait autrefois même dans la Coutume de Paris. Leprestre, cent. 2, chap. 16, en rapporte deux arrêts des 17 juin 1598 et 27 mai 1606.

Ce qu'il y a d'étonnant c'est qu'à l'époque de ces arrêts, la Coutume de Paris était déjà réformée; et que, par consé-

quent on était revenu de l'ancien système, suivant lequel le défaut d'autorisation ne pouvait être allégué que par le mari.

Les arrêts contrastaient donc ouvertement avec le point de vue sous lequel on était convenu d'envisager l'autorisation maritale ; et c'est ce que l'on n'a point tardé à sentir.

Bientôt on s'est dit qu'admettre les autorisations subséquentes, c'était réduire l'intervention du mari, dans les contrats de sa femme, à un simple consentement, détruire la nécessité de l'autorisation expresse, et, ce qu'il y aurait de plus singulier, donner à un mari le pouvoir d'obliger sa femme malgré elle, lorsqu'elle ne l'était pas. Enfin tous les auteurs modernes se sont accordés à dire que les autorisations subséquentes ne peuvent rien opérer à l'égard des femmes, à moins qu'elles n'y soient présentes, et qu'elles ne s'y obligent de nouveau.

---

* *C. N.*, 217. } La femme même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

---

178. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement ou à passer un acte, le juge peut donner l'authorisation,	178. If a husband refuse to authorize his wife to appear in judicial proceedings or to make a deed, the judge may give the necessary authorization.

---

* *Cout. de Paris, art.* 224. } *Cité suprà sous l'art.* 176, *p.* 164.

[ARTICLE 178.]

* *Pothier, Puissance du mari, Nos.* 12, 57, 59. } (12.) Comme un mari pourrait refuser d'autoriser sa femme pour des actes qu'elle a intérêt de faire, ou pourrait être trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que le cas l'exige, nos Coutumes ont pourvu à cela, en permettant en ce cas à la femme de se faire autoriser par le juge, sur le refus, ou pour l'absence de son mari. La femme doit en ce cas donner requête au juge, par laquelle elle expose quel est l'acte pour lequel elle demande à être autorisée, l'absence ou le refus de son mari de l'autoriser; duquel refus elle fait apparoir par la sommation qu'elle lui en a faite. Le juge en connaissance de cause, l'autorise par l'ordonnance qu'il met au bas de sa requête. Cette autorisation du juge est représentative de celle du mari, et y supplée ; elle rend la femme habile à faire l'acte pour lequel le juge l'a autorisée, de même que si elle était autorisée par son mari.

(57.) Une femme ne devant pas être exposée à perdre des droits qui lui appartiennent, par le caprice de son mari, qui refuseroit mal-à-propos de l'autoriser sur la demande qu'elle peut donner pour les poursuivre en justice, la coutume lui permet de se faire autoriser par le juge, pour donner la demande. L'autorisation du juge supplée, en ce cas, à celle du mari ; et elle habilite la femme à ester en jugement sur cette demande, sans le consentement de son mari.

(59.) Pareillement, lorsque le mari, assigné avec sa femme pour défendre à une demande intentée contre sa femme, déclare qu'il ne veut pas y défendre, la partie peut demander que la femme soit autorisée par le juge, pour y défendre.

---

* *Cout. d'Orl, tit.* 10, *art.* 201. } *Cité suprà sous l'art.* 176, *p.* 179.

[ARTICLE 178.]

* 3 *Pand. franc.*, *pp.* 421-2-3-4 } *C. N.*, 218. " *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.* "

(No. 200.) Cette disposition est puisée dans la Coutume de Paris. Elle est juste. Une femme ne doit point être exposée à perdre les droits qui lui appartiennent, par le caprice ou l'erreur de son mari, qui refuserait, mal-à-propos, de l'autoriser, sur les demandes qu'elle veut donner, pour les poursuivre en justice. Elle ne doit pas non plus être exposée à se voir condamner, sans défense, sur les demandes que l'on forme contre elle.

L'autorisation du juge supplée à celle du mari. Elle habilite la femme à ester en jugement, sans le consentement du mari, et comme si elle avait été autorisée par lui.

Lorsque la femme demande l'autorisation du juge, en l'absence de son mari, et parce qu'elle ne peut pas requérir celle-ci, il lui suffit de présenter au juge une requête, par laquelle elle expose la demande qu'elle veut former, ou celle à laquelle elle est obligée de défendre, et le juge met purement et simplement son autorisation au bas de cette requête.

Mais quand elle requiert l'autorisation du juge, en présence de son mari, et sur le refus qu'il fait de l'autoriser, elle doit joindre à sa requête, l'original de la sommation qu'elle a fait faire à son mari, de l'autoriser et exposer dans cette requête, les raisons qu'elle a de persister.

Elle n'est pas cependant obligée de prouver que la demande qu'elle veut intenter, est juste et raisonnable ; mais elle doit au moins présenter quelque apparence de fondement, c'est ce qu'indiquaient quelques Coutumes, dont les dispositions à cet égard sont conformes à la raison naturelle.

" *C. N.*, 219.—*Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari, directement devant*

le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu, ou dûment appelé en la chambre du Conseil."

(No. 201.) Nous sommes fâchés de rencontrer cet article dans la loi.

Sans doute, il faut que la femme puisse suppléer à l'impossibilité où se trouve son mari, de l'autoriser pour des actes nécessaires, et à son défaut injuste pour des actes légitimes. Dans notre ancienne jurisprudence aussi, la femme était admise dans ces deux cas, à s'adresser au juge. Mais la loi était muette. En conséquence, ce recours était regardé, non comme un droit, mais comme un effet de l'impossibilité de faire autrement. On n'usait de ce moyen, que dans les cas de nécessité, et dans les circonstances les plus importantes et les plus urgentes.

Il est fort à craindre qu'une disposition précise, qui place expressément le juge entre les deux époux, n'introduise l'anarchie dans les ménages. Dès qu'une femme éprouvera de la résistance de la part de son mari, elle l'appellera devant le juge. Il sera, à chaque instant, obligé de rendre compte des motifs, que souvent il voudrait tenir secrets. Les juges seront accablés de pareilles demandes.

L'article n'était pas nécessaire pour ouvrir à la femme un recours indispensable, dans un cas de nécessité. Il peut donner la facilité d'abuser, au désir, toujours si actif, de secouer le joug de la subordination.

C'est aux tribunaux à mettre des entraves à ces abus, et à maintenir la puissance maritale, qui paraissant d'abord établie sur des fondements si solides, peut être ébranlée par cet article. Ils doivent ne recevoir les réclamations des femmes, contre leurs maris, qu'avec une très-grande réserve; et ne passer par-dessus son refus d'autoriser, que pour des causes

infiniment graves, et quand il y a, de la part du mari, injustice évidente.

La femme qui éprouve de la part de son mari, un refus qu'elle croit injuste, doit présenter au juge, une requête expositive de la nature de l'acte qu'elle veut faire, et des raisons qui la déterminent à demander d'être autorisée. Le juge, au bas de cette requête, mettra, s'il le juge à propos, son ordonnance, permettant à la femme de citer son mari, à un certain jour, à la chambre du Conseil, où elle sera tenue de se trouver. Le mari sera entendu, après quoi, le juge ou du moins les juges ; car nous croyons qu'ils doivent être assemblés, et avec d'autant plus de raison, que la loi se sert du mot tribunal, les juges, disons-nous, pourront donner ou refuser l'autorisation.

Nous répétons que, pour les déterminer à la donner, il faut qu'il y ait manifestement, pour la femme, nécessité de faire l'acte, pour lequel elle demandera à être autorisée ; injustice évidente de la part du mari.

Si l'on se rendait facile sur de pareilles demandes, il n'y aurait plus de subordination dans les familles. Les maris y perdraient toute leur autorité. Ils n'y seraient plus respectés.

Si le tribunal, après avoir entendu les parties, et en grande connaissance de cause, se détermine à donner l'autorisation, elle habilitera la femme à faire l'acte en question, comme si elle eût eu celle de son mari.

Il est évident que, dans ce cas, le mari ne peut être responsable de l'aliénation que sa femme aurait faite, sans son consentement, et malgré lui, à moins que les deniers ne soient tombés dans la communauté.

---

* *Merlin*, *Rép.*, *Aut. marit.*, *sec.* VIII, *No.* 2 *et suiv.* } Pour obtenir cette autorisation de la justice, il ne suffit pas toujours de la demander : il faut d'abord qu'elle ait été

demandée au mari auparavant. L'usage est, lorsqu'il s'agit de procéder à un acte extra-judiciaire, qu'on expose à celui-ci les motifs sur lesquels on la réclame, et qu'on lui fasse faire sommation de l'accorder. (V. l'arrêt du parlement de Dijon, du 2 Mai 1684.) Alors, ou il s'explique ou il ne dit rien. S'il s'explique, le juge peut apprécier ses raisons, et en conséquence accorder ou refuser l'autorisation. S'il ne dit rien, il n'est pas nécessaire de le faire assigner ; son silence est pris pour une approbation de tout ce qui sera ordonné par le juge.

[Aujourd'hui, soit que le mari s'explique ou qu'il ne dise rien, il faut le citer à la chambre du Conseil du Tribunal de première instance pour déduire les causes de son refus. Voy. le Code civil, art. 219, et le Code de procédure civile, art. 86.]

Si, dans cet intervalle, il y avait du péril dans la demeure, les auteurs conviennent que la femme pourrait, sans autorisation, faire des actes conservatoires, tels qu'une saisie, une opposition, etc ; parce qu'en pareil cas, ce qui est l'effet de la nécessité ne saurait être une infraction à la loi.

[[L'art. 2194 du Code civil regarde comme valable l'inscription hypothécaire que la femme seule a prise pour la conservation de ses droits, dans le cas où le titre de l'acquéreur des biens de son mari est exposé, pendant deux mois après sa transcription, dans l'auditoire du tribunal.]]

Mais lorsqu'il est question d'obtenir l'autorisation judiciaire pour passer à des actes ultérieurs, il faut que le jugement qui la prononce, fasse mention des motifs sur lesquels elle est accordée. S'il s'agit de recevoir le remboursement d'un capital, le juge doit ordonner un emploi des deniers qui en proviendront : il peut même, si l'autorisation est requise pour traiter ou transiger, ordonner que la femme sera tenue de prendre l'avis de tel ou tel jurisconsulte ; et en ce cas, il faut que la transaction soit souscrite de ce jurisconsulte, et qu'il soit fait mention que les choses se sont passées de son avis.

[ARTICLE 178.]

Voilà de quelle manière doit intervenir une autorisation en justice pour les actes extra-judiciaires qui concernent la femme. A l'égard des actes qui n'ont trait qu'à la procédure et qu'on nomme *actes judiciaires*, quoique la femme ne puisse pas plus les exercer sans la participation de son mari, que ceux qu'on appelle *extra-judiciaires*, cependant, sur le refus allégué de celui-ci, et sans qu'il soit nécessaire de lui faire d'interpellation, le juge peut autoriser sa femme sans autre précaution particulière ; parce qu'il est de présomption reçue, que tout ce qui se passe sous les yeux du juge est à l'abri de la fraude et de l'injustice.

]][Cela parait résulter de l'espèce d'opposition qui se trouve entre les arts 218 et 219 du code civil Mais l'art. 861 du code de procédure civile en dispose autrement pour le cas où il s'agit d'autoriser la femme mariée à ester en jugement comme demanderesse.]]

Nous disons comme demanderesse, car ce n'est que sur ce cas que porte l'art. 861 du Code de Procédure ; et par conséquent, ce n'est que pour ce cas qu'il déroge à l'art. 218 du Code Civil, ou plutôt à l'induction résultant de la combinaison de cet article avec le 219e, que les juges n'ont pas besoin d'entendre ou de faire appeler le mari, avant d'accorder à la femme, sur le refus qu'il en a extra-judiciairement manifesté, l'autorisation nécessaire pour ester en jugement.

C'est ce qu'a fort bien remarqué l'orateur du Gouvernement, M. Berlier, dans l'exposé des motifs du titre du Code de Procédure qui a pour rubrique : *autorisation de la femme mariée*, et sous lequel est placé l'art. 861.

" L'autorisation dont il s'agit (ce sont ses termes) n'est point celle qui a lieu quand la femme est défenderesse.

" Dans ce cas, l'action du Demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari, ni paralysée par elle ; si le mari est assigné pour autoriser sa femme, parce qu'il lui est dû

connaissance des actions dirigées contre elle, comme à son protecteur naturel, cette autorisation n'est au surplus, et en ce qui regarde l'action du tiers demandeur, qu'une simple formalité que la justice supplée, quand le mari la refuse.

" L'objet de notre titre n'est pas non plus d'examiner ce qui a lieu quand le mari et la femme procèdent ensemble en demandant ; car si, en ce cas, l'autorisation n'est pas expresse elle est au moins tacite et résulte du seul concours des deux parties, comme l'ont observé les commentateurs, et comme le prescrit surtout la raison. Mais ce qu'a voulu et dû régler le titre qui est soumis à la discussion, c'est la procédure à faire quand la femme veut poursuivre ses droits, et que son mari, interpellé de l'y autoriser, en a fait le refus. "

" En ce cas, l'autorisation devient l'objet d'un débat particulier, et l'on pourrait dire préalable."

[11. *bis.*] Nous venons de dire que c'est à la Chambre du Conseil que le mari doit être cité, et que c'est là qu'il doit être entendu dans les cas (déterminés par l'art. 219 du Code civil et l'art. 861 du Code de procédure) où il y a lieu de lui faire déduire les causes de son refus, et telle est effectivement la disposition expresse de l'un et de l'autre article.

Mais de là résulte-t-il que c'est aussi dans la chambre du Conseil que doit être prononcé le jugement qui accorde ou refuse l'autorisation ?

L'orateur du gouvernement dans le discours que l'on vient de citer, présente l'affirmative comme indubitable : " Du reste, cette procédure sera, non-seulement sommaire, mais exempte d'une publicité que la qualité des parties et la nature du débat rendraient toujours fâcheuses. Ainsi, ce sera à la chambre du conseil que le mari sera cité, que les parties seront entendues, et que le jugement sera rendu. sur les conclusions du ministère public."

---

* 5 *Toullier*, *p.* 78, *No.* 61. } [5°] La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner entrevifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari ou de la justice, conformément à ce qui est prescrit, par les arts. 217 et 218, mais elle n'a besoin d'autorisation ni de son mari ni de la justice pour disposer par testament.

* *Id.*, *p.* 208, *No.* 193. } La femme mariée, même non commune en biens ou séparée de son mari, ne peut accepter une donation sans son consentement, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice.

---

* *C. N.*, 218. } Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.

---

179. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation expresse ou présumée.

179. A wife who is a public trader may, without the authorization of her husband, obligate herself for all that relates to her commerce; and in such case she also binds her husband, if there be community between them.

She cannot become a public trader without such authorization express or implied.

---

* *Cout. de Paris*, *arts.* 235, 236. } [235.] La femme n'est réputée marchande publique, pour débiter la marchandise dont son mari se mêle : mais est réputée marchande publique quand elle fait marchandise séparée, et autre que celle de son mari.

[ARTICLE 179.]

[236] La femme marchande publique se peut obliger sans son mari, touchant le fait et dépendance de la dite marchandise.

---

* *Pothier, Puissance du mari, Nos.* 20, 21, 22. } [20.] La Coutume de Paris, après avoir parlé de la femme séparée, parle aussi de la femme marchande publique, elle dit, art. 236 : " La femme, marchande publique, se peut obliger sans " son mari, touchant le fait et dépendance de la dite mar- " chandise."

L'art. 235, explique ce que la coutume entend par marchande publique. Il y est dit : " La femme n'est réputée marchande " publique, pour débiter les marchandises dont son mari " se mêle ; mais est réputée marchande publique quand elle " fait marchandise séparée, et autre que celle de son " mari."

La femme d'un marchand, quoiqu'elle aide son mari dans son commerce, n'est donc pas ce que la Coutume entend par une marchande publique ; elle ne peut, de même que toute autre femme, faire valablement en son propre nom, aucun acte ni aucun contrat, sans l'autorisation de son mari ; et lorsqu'elle débite dans la boutique de son mari, et qu'elle fait quelqu'autres espèces de marchés, que son mari est dans l'habitude de lui permettre de faire, ce n'est pas elle qui est censée contracter, elle ne fait que prêter son ministère à son mari, qui est censé contracter par son ministère ; elle est en cela semblable à un facteur, ou fille de boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur maître, ne sont pas censés contracter en leur nom, et ne s'obligent pas ; mais obligent leur maître, qui est censé faire lui-même par leur ministère, les contrats qu'il font pour lui, et qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministère.

Pour qu'une femme soit marchande publique et dans le cas de l'article de la Coutume, il faut donc qu'elle fasse publi-

-quement un commerce dont son mari ne se mêle pas, soit que son mari n'en fasse aucun, soit qu'il en fasse un différent de celui de sa femme.

[21.] La femme marchande publique, peut, sans avoir besoin d'autorisation, faire valablement tous les contrats qui dépendent de son commerce, tels que sont les ventes et les achats des marchandises de son commerce, les achats des ustensiles, les louages des ouvriers et ouvrières qu'elle emploie pour son commerce, les lettres de change qu'elle donne, qu'elle endosse, ou qu'elle accepte pour le fait de son commerce, etc.

L'utilité du commerce et la nécessité ont fait dispenser la marchande publique de l'autorisation pour ces actes ; cette femme n'ayant pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ses actes, lesquels souvent ne souffrent pas de retardement.

[22.] La marchande publique, non-seulement s'oblige elle-même par les dits contrats, elle oblige aussi son mari, lorsqu'elle est commune : Etant marchande publique, dit l'art. 234, elle s'oblige et oblige son mari, touchant le fait et dépendance de la dite marchandise, et même par corps.

La raison est, que l'approbation que le mari est censé donner au commerce que fait sa femme, à son vu et sçu renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait qui en dépendent, et une accession de sa part aux obligations qui en naissent.

---

* *Id.*, *Cout. d'Orléans*, *tit.* 10, *arts.* 196-7. } [3.] La femme marchande publique et commune, s'oblige elle et son mari et par corps.

[197.] La femme n'est réputée marchande publique, pour débiter (1) et recevoir la marchandise dont son mari se mesle :

(1) La femme ne s'oblige pas en ce cas ; mais elle oblige son mari, comme l'obligerait un facteur.

mais est réputée marchande publique, quand elle fait marchandise séparée, et autre que celle de son mari.

---

* *I Arrêtés de Lamoignon, tit.* 32, *art.* 82. } La femme marchande publique, qui fait un trafic séparé et différent de celui de son mari, s'oblige valablement, et pareillement son mari sans son consentement, pour le fait et les dépendances de son négoce, même au-dessus de la valeur du dit négoce.

---

* *C. N.* 220. } La femme, si elle est marchande publique, peut sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce, et au dit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.

---

180. Si le mari est interdit ou absent, le juge peut autoriser la femme, soit pour ester en jugement soit pour contracter.

180. If a husband be interdicted or absent, the judge may authorize his wife, either to appear in judicial proceedings or to contract.

---

* *Pothier, Puis. du mari, Nos.* 25, 26, 27, 28. } [25.] Lorsqu'un mari est tombé dans un état de démence, cet état étant une infirmité qui peut lui être survenue sans sa faute, ne doit le priver d'aucun de ses droits, ni par conséquent du droit de puissance qu'il a sur sa femme ; il en empêche seulement l'exercice : la femme demeurant donc toujours sous puissance de mari, à défaut de l'autorisation que ce mari ne peut lui donner, elle doit avoir recours à celle du Juge, qui en est représentative.

[ARTICLE 180.]

[26.] Lorsque dans ce cas la femme est créée curatrice par le juge, à la personne et aux biens de son mari, sa nomination à cette curatelle, renferme nécessairement une autorisation pour administrer, tant les biens de son mari, que les siens. La femme n'a donc pas besoin d'aucune autre autorisation ; mais elle ne pourrait, sans une autorisation particulière du juge, aliéner quelqu'un de ses héritages, accepter ou répudier une succession qui lui serait échue, et faire tout autre acte qui excèderait les bornes d'une administration.

(27.) Quoiqu'on ignore où est le mari, et qu'il soit incertain s'il est vivant ou mort, la femme doit avoir recours à l'autorisation du juge, pour suppléer à celle du mari ; car ne pouvant pas être délivrée de la puissance de son mari, que par la mort naturelle ou civile de son mari, ni par conséquent recouvrer sans cela le pouvoir de contracter sans autorisation, qu'elle a perdu en se mariant, elle ne pourrait pas établir la validité des contrats, et autres actes qu'elle aurait faits sans autorisation,faute de pouvoir prouver que lorsqu'elle a fait ses actes, son mari était mort, et qu'elle avait le pouvoir de contracter sans autorisation.

Néanmoins, comme il n'est guères possible que la femme ait recours à l'autorisation du Juge, pour chacun des actes qui sont à faire pour l'administration des biens, tant de son mari que d'elle, j'aurais de la peine à ne pas regarder comme valables, tous les actes et contrats de pure administration, quoique faits sans autorisation : il est pourtant plus sûr que cette femme se fasse autoriser par le Juge, pour cette administration.

(28.) Lorsque la femme, et les personnes qui ont contracté avec elle, ont eu un juste sujet de croire que son mari était mort, et que la femme avait en conséquence le pouvoir de contracter sans autorisation ; comme lorsqu'un homme ayant été vu parmi les morts après une bataille, et cru mort, quoi qu'il ne le fût pas, on a donné des certificats en bonne forme

de sa mort ; si sur la foi de ces certificats la femme a fait plusieurs contrats avec plusieurs personnes, sans autorisation et que le mari ait depuis reparu, je pense qu'en ce cas, tant la femme que ceux qui ont contracté avec elle, ayant eu, sur le fondement de ces certificats, un juste sujet d'être persuadés de la mort du mari, et ayant en conséquence contracté de bonne foi, sans l'autorisation qu'on croyait de bonne foi n'être plus nécessaire, cette bonne foi, tant de la femme que de ceux qui ont contracté avec elle, doit suppléer au défaut de la formalité de l'autorisation et rendre ces contrats valables. C'est le cas de cette maxime des interprètes, *error communis facit jus* ; lorsque le public a un juste sujet de croire qu'une personne a un état, que dans la vérité elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait si elle avait véritablement cet état ; autrement l'erreur dans laquelle est le public, sur l'état de cette personne, troublerait le commerce, et serait préjudiciable à toutes les personnes qui auraient affaire à elle. Suivant ces principes, dans l'espèce proposée, l'erreur dans laquelle était le public, sur l'état de la femme qui passait pour veuve, quoiqu'elle ne le fût pas, a fait sans autorisation, sont aussi valables que si elle eût été effectivement veuve. Voy. *Barthole* et les autres docteurs, *ad C. Barbarius Philippus*, ff. *de off. Prætoris.*

---

* 3 *Pand. franc.*, *p.* 417 *et suiv.* } (No. 197.) Il n'en est pas de même de la démence ou de la fureur. Elle ne fait pas perdre au mari son état civil. Elle le met seulement dans l'impuissance d'en exercer les droits. Il conserve en conséquence, la puissance que la loi lui attribue sur la personne de sa femme. La femme demeurant donc toujours sous cette puissance, doit avoir recours au juge, pour en obtenir l'autorisation, que le mari ne peut pas lui donner.

Si elle est créée curatrice à l'interdiction de son mari, sa

nomination à cette charge renferme nécessairement une autorisation, pour administrer tant les biens de son mari, que les siens propres. Elle n'a donc besoin d'aucune autre autorisation, mais pour administrer seulement. Elle ne pourrait, sans une autorisation particulière et spéciale du juge, aliéner quelqu'un de ses héritages, les hypothéquer ou engager, accepter ou répudier une succession, qui lui serait échue, ou faire tout autre acte excédant les bornes de l'administration.

Lorsque ce n'est pas la femme, mais un étranger qui est nommé curateur à l'interdiction du mari, la femme peut-elle être valablement autorisée par ce curateur? Il n'y a point de doute pour la négative. L'autorisation du mari est une suite de la puissance maritale, qui lui est personnelle, et qui ne peut être exercée que par lui, ou par le juge, à son défaut. Cela est implicitement décidé par l'art. 218, ci-après, qui, dans le cas de la minorité du mari n'appelle pas son tuteur, mais le juge, à l'effet d'autoriser la femme.

(198.) Quand le mari est absent, et qu'on ignore le lieu de sa résidence, son absence ne détruit pas sa puissance, parcequ'il est incertain, s'il est vivant ou mort. La femme doit, en conséquence, requérir et obtenir l'autorisation du Juge. Elle doit l'obtenir pour chaque acte, tant que l'absence n'est point déclarée. Après cette déclaration, elle peut obtenir une autorisation générale, pour régir et administrer. Si elle opte pour la continuation de communauté, et se fait envoyer en possession provisoire des biens du mari, la sentence d'envoi en possession, contient nécessairement l'autorisation de régir et administrer; mais elle n'a que ce pouvoir. Elle doit toujours obtenir l'autorisation du juge, pour tous les actes qui excèdent les bornes de l'administration.

Que faut-il décider, pour le cas où l'absence a duré assez longtemps, pour donner lieu à l'envoi des héritiers présomptifs, en possession définitive ?

Cet envoi en possession définitive, étant fondé sur la pré-

somption de la mort du mari, il nous semble que la puissance maritale doit aussi être présumée avoir cessé ; et qu'en conséquence, la femme ne doit plus avoir besoin d'autorisation. Si elle ne peut contracter un nouveau mariage, c'est à raison de l'incertitude du fait de la mort. C'est parce qu'une présomption ne suffit pas pour autoriser une nouvelle union qui peut être nulle. Mais cette présomption peut suffire, pour faire cesser un effet civil du mariage, dont la dissolution est vraisemblable. Il importe de ne pas gêner trop longtemps la liberté de la femme propriétaire. Si le mari reparaît par la suite, tous les actes que la femme aura faits, depuis l'envoi en possession définitive, seront maintenus.

---

* *Fenet sur Pothier, C. C, art.* 222, *p.* 57. } S'il était en démence, la femme devait aussi recourir à l'autorisation du juge (Puiss. marit., No. 25). Pothier pensait que la femme dont le mari était absent pouvait faire tous les actes d'administration sans être autorisée, [*Ibid.* No. 27, 2e. al.) et que celle dont le mari passait publiquement pour mort, avait valablement contracté tous les actes qu'elle avait faits, d'après la maxime *error communis facit jus* (*Id.*, *No.* 28.) En cas d'interdiction, si elle était curatrice de son mari, elle avait droit de faire, sans demander d'autorisation, tous les actes d'administration tant de ses biens personnels que de ceux de son mari (*Ibid.* No. 26).

De Moly, Traité des absents, No. 740. } Dans l'opinion du Conseil d'Etat, le mot *absent* à l'article 222, embrasserait et les absents déclarés, et les absents présumés, et les non-présents. C'est aussi ce qu'enseigne M.. de Malleville sur cet article p. 232.

Id. No. 746.—Il est évident que l'article 222 est expliqué par le Code de procédure, et que cet article doit être, pour son application, rapproché des 861, 862 et 863mes arts. de ce dernier Code.

Id., *No.* 748.—Nous disons que la disparition du mari n'affranchit nullement la femme de la puissance maritale, quant à la nécessité de l'autorisation.

Mais la femme d'un mari qui a disparu doit-elle se faire autoriser pour vendre, hypothéquer, acquérir à titre onéreux ou gratuit, comme le prescrit l'article 217 du Code Civil? Nous pensons que l'envoi en possession provisoire donne à la femme la capacité de faire sans autorisation ces sortes d'actes relativement aux meubles, soit qu'ils lui appartiennent, soit qu'ils dépendent du patrimoine du mari. Si elle veut contracter relativement aux immeubles, qu'ils lui appartiennent ou non, elle devra recourir au tribunal pour se faire autoriser. *Secus* lorsqu'il s'agit d'actionner ou de défendre.

Id., *No* 751.—Tout ce que nous venons de dire s'applique-t-il aussi au temps de la troisième période? Dès que l'article 222 veut que la femme se fasse autoriser par le juge tant que son mari est *absent*, l'autorisation est nécessaire même après l'envoi définitif.

De plus la femme est soumise à la nécessité de se faire autoriser tant que le mariage subsiste ; or, l'envoi définitif ne rompt pas le mariage ; il ne peut être dissous que par la mort naturelle ou par la mort civile.

---

* *C. N.*, 222. } Si le mari est interdit ou absent, le juge peut en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

---

181. Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.	**181.** All general authorizations, even those stipulated by marriage contract, are only valid in so far as regards the administration of the wife's property.

[ARTICLE 181.]

* *Pothier, Int. à la communauté*, *No* 5. } Les conventions, qui paraissent tendre à soustraire la femme à la puissance que notre droit municipal a accordé au mari sur elle, sont aussi regardées comme étant dans nos mœurs contraires à la bienséance publique, et en conséquence nulles.

C'est pour cette raison que la jurisprudence a déclaré nulles les autorisations générales dans les contrats de mariage ; c'est-à-dire, les clauses par lesquelles il était porté que le mari, par le contrat de mariage, autorisait sa femme, non seulement pour administrer, mais même pour aliéner à son gré ses héritages à quelque titre que ce soit, sans qu'elle eût besoin d'avoir recours pour cela à une autorisation particulière.

---

* *Id., Puissance du mari*, *No* 67. } " *Comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer dans les actes extra-judiciaires.*

Il faut à cet égard distinguer entre les actes de simple administration, et ceux qui passent les bornes d'une simple administration, qui ont pour objet la propriété des biens immeubles de la femme, qui tendent à en disposer, à les aliéner, et à les charger d'hypothèques. Une autorisation générale, portée par une procuration du mari par laquelle il autorise sa femme à administrer ses biens, suffit pour tous les actes et contrats que fait la femme, qui ne passent pas les bornes de cette administration : il suffit pour ces actes, que la femme s'y dise autorisée par la procuration d'un tel jour laquelle contient cette autorisation. La femme n'a pas besoin en tout d'autorisation pour ces actes, lorsqu'elle est séparée.

A l'égard des autres actes et contrats, l'autorisation du mari doit être expresse et spéciale pour le contrat qui se passe ; les autorisations générales, portées, soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses

immeubles, à les aliéner et à les hypothéquer, sont regardées comme nulles et de nul effet, étant contraires aux loix, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les loix veulent que les femmes soient de leurs maris.

Cette Jurisprudence nous est attestée par un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 février 1695 ; il y est dit : " Nous attestons que l'art. 223 de la Coutume de Paris, s'ob- " serve exactement et à la lettre, sans aucune restriction, de " manière que toute femme mariée ne peut vendre, aliéner, " ni hypothéquer ses immeubles, sans l'autorisation expresse " de son mari ; que tous les actes faits sans une autorisation " expresse, sont nuls, et que par conséquent *toutes les autori-* " *sations* générales, par des procurations, par contrat de ma- " riage ou autres actes, ne peuvent jamais suppléer ce que la " coutume demande, &c."

La même chose est répétée plus bas. Il y est dit, que la procuration générale, de même que la stipulation, faite par un contrat de mariage, pour donner la liberté à une femme de disposer, ne peut s'étendre qu'à la jouissance.

La même chose est attestée par les actes de notoriété des 12 Novembre 1699, et 23 Février 1708, qui disent, qu'il faut que l'autorisation soit spéciale; mise *in ipso actu*, ou *par procuration faite spécialement pour l'acte* qui se passe.

---

* *Denizart*, *Actes de notoriété*, 22 *Février* 1695, 19 *Juin* 1699, 23 *Fév.* 1708. } [22 Fév. 1695, p. 131]..De manière que si le consentement et l'autorisation n'est pas expresse, l'acte est nul, et il est impossible qu'il y ait un consentement et une autorisation expresse dans une procuration générale ....

[19 Juin 1699, p. 168.] Le même article (234 de la Coutume) a encore donné le droit à la femme, que le mari souffre être marchande publique, faisant un commerce différent du sien, de l'obliger pour le fait de son commerce, et d'obliger même

son mari sans être présent. Cette disposition a pour fondement le droit Romain dans le titre *de institoria et exercitoria actione*, le mari souffre que la femme fasse ce commerce, il en profite ; il semble avoir donné une autorisation et un pouvoir général à sa femme pour agir pour lui ; c'est pourquoi elle s'oblige (*hanc enim præposuit qui volet cum eâ actionem gerito*)...

[23 Fév. 1708, p. 333.]...2o Il faut remarquer que dans la coutume le mot *exprès* y a été mis, afin de faire connaître qu'elle n'admettait point les autorisations générales. Il faut qu'elle soit spéciale, mise *in ipso actu*, ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe.

[p. 335.] De ces principes il résulte trois choses : la première, que tous les actes faits par une femme en puissance de son mari, sans une autorisation spéciale *in ipso actu*, sont nuls de nullité de coutume, et qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir des lettres pour les faire annuler, puisqu'ils sont nuls de droit...

[p. 333.]...Il n'y a personne qui ignore que les actes qui se font contre la disposition des ordonnances et de la coutume, sont nuls de droit, lorsque l'ordonnance et la coutume ont prononcé la peine de nullité, et cette nullité prononcée détruisant le principe, les lettres de restitution qui s'accordent pour relever ceux qui sont lésés aux termes de droit, sont un secours que la loi donne, non pas contre les actes, lorsqu'ils sont valables, mais en faveur de ceux qui auraient été trompés ; de manière que les juges sont en droit de déclarer tels actes nuls, sans qu'il soit besoin d'obtenir des lettres, lorsque la coutume a prononcé la peine de nullité.

---

* *Le Prêtre, cent.* 1, *c.* 67. } [p. 207.] Il a été jugé par plusieurs arrêts que la femme séparée de biens ne peut aliéner, donner ni engager ses immeubles sans l'autorité expresse de son mari...

---

* *C. N.*, 223. } Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.

---

*3 *Pand. franc.*, *p.* 435. } [No. 205.] Cette disposition consacre un principe très ancien, et uniforme de notre jurisprudence française. Les autorisations générales portées, soit par une procuration, soit par le contrat même de mariage, et quelqu'étendus qu'en fussent les termes n'ont jamais été regardées comme valables, que relativement à l'administration des biens. Les clauses, par lesquelles une femme était autorisée généralement à disposer de ses immeubles, à les vendre ou aliéner, ont toujours été regardées comme nulles et de nul effet. Les actes que les femmes ont faits en vertu de pareilles clauses, ont toujours été anéantis. Ce serait, en effet, un moyen de soustraire la femme à la puissance de son mari.

L'autorisation générale suffit pour rendre la femme habile à ester en jugement, toujours néanmoins dans les mêmes limites, et dans les affaires qui concernent l'administration de ses biens. Si l'affaire engageait la propriété, ou pouvait par ses suites, opérer une aliénation, il faudrait une autorisation expresse du mari pour l'habiliter à procéder.

---

182. Le mari, quoique mineur, peut, dans tous les cas, autoriser sa femme majeure ; si la femme est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne suffit que pour les cas où un mineur émancipé pourrait agir seul.

182. A husband although a minor may, in all cases, authorize his wife who is of age ; if the wife be a minor, the authorisation of her husband, whether he is of age or a minor, is sufficient for those cases only in which an emancipated minor might act alone.

[ARTICLE 182.]

* 1 *Malleville*, 208 } Dans l'ancienne jurisprudence, le mari mineur ne pouvait pas autoriser sa femme majeure pour ester en jugement, mais bien contracter : ce qui était absurde.

---

* *Lacombe*, *Vbo. Autorisation*, *sec.* 2, *No.* **6.** } Mari mineur ne peut autoriser sa femme majeure pour ester en jugement, mais bien pour contracter en ce qui ne concerne pas le mari, sans qu'elle puisse se faire relever ; si ce n'est qu'elle ait son recours contre lui, ou qu'il y ait intérêt, auquel cas la restitution du mari fait qu'il n'y a plus d'autorisation et profite à la femme. Femme mineure, quoiqu'autorisée de son mari, ne peut intenter action concernant ses propres, sans curateur. Arr. 23 Fév. 1587 Chop. *de Doman. lib.* 3, *tit.* 19, *no.* 12.

---

* 3 *Pand. franc.*, *v.* 436. } [No. 206.] Cet article introduit un droit nouveau. Celui qu'a le mari d'autoriser sa femme, étant une suite de la puissance qu'il a sur sa personne, on tenait autrefois que le mari, quoique mineur, pouvait autoriser sa femme même majeure ; et on lui accordait l'action en restitution contre son autorisation, si, par la suite, il la jugeait préjudiciable à ses intérêts. Dans ce cas, l'acte fait par la femme, se trouvant destitué de l'autorisation du mari, devenait nul, rien de ce que fait la femme mariée ne pouvant être valable sans l'autorisation du mari.

Maintenant, et d'après le Code Civil, le mari mineur ne pourra plus autoriser sa femme, elle devra l'être par le Juge à sa place.

---

* 2 *Merlin*, *Rép.*, *Vbo. Autorisation*, *s.* 5, § 1, *p.* 182-3. } *Quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes ?*

La question de savoir si un mari mineur peut autoriser sa

femme, quoiqu'elle soit majeure, peut être envisagée sous trois aspects différents, c'est-à-dire, ou par rapport aux actes d'administration, ou relativement aux aliénations, ou par rapport à la capacité d'ester en jugement.

1o. Personne ne doute qu'un mari mineur ne puisse autoriser sa femme pour les actes de simple administration. La raison en est que ce droit découle de la puissance maritale, et que cette puissance est attachée à la qualité de mari, indépendamment de la majorité ou de la minorité.

2o. La même raison s'applique aux actes qui emportent aliénation. Cependant Dumoulin, sur l'art. 114 de la Coutume de Paris, No. 6, a prétendu qu'à cet égard, le mari mineur était incapable d'autoriser sa femme ; mais son opinion n'a pas été suivie ; elle a au contraire été proscrite par plusieurs arrêts : les plaidoyers de Corbin, chap. 118, nous en offrent un du 1er Avril 1608, après la prononciation duquel le premier président Séguier dit aux avocats : " Apprenez que le mari mineur peut autoriser sa femme majeure pour affaires et aliénations qui ne le concernent point, et quand par le contrat de la femme, il n'aliène aucune chose du sien, étant capable de remettre et de quitter, comme il l'a été d'acquérir ce qui lui appartient *jure mariti.*"

3o. Mais, nous l'avons déjà dit, le droit du mari d'autoriser sa femme, est une suite de la puissance maritale, il est attaché à la qualité de mari, n'importe qu'il soit majeur ou mineur ; car nos coutumes ne distinguent point là-dessus. Or, ce principe influe autant sur les procédures judiciaires, que sur les actes d'administration, d'obligation et d'aliénation. Autre chose est d'ailleurs d'intervenir soi-même en jugement, ou de consentir qu'un autre y intervienne.

---

* *C. N.,* 224. } Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

183. Le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel.

183. The want of authorization by the husband, where it is necessary, constitutes a cause of nullity which nothing can cover, and which may be taken advantage of by all those who have an existing and actual interest in doing so.

---

* *Pothier, Puissance du mari, No.* 74. } [74] L'autorisation du mari peut bien être interposée avant le contrat pour lequel il autorise sa femme, pourvu que la femme, par le contrat, se dise autorisée, mais il ne suffirait pas, pour que le contrat de la femme fût valable, que l'autorisation du mari fût intervenue depuis le contrat, quoique la femme, dans le contrat, se fût dite d'avance autorisée de son mari, dans la confiance qu'elle fait d'obtenir cette autorisation: cet acte ayant été absolument nul, faute d'autorisation n'a pu être confirmé par l'autorisation qui est survenue depuis, le néant ne pouvant être susceptible de confirmation. C'est pourquoi il semblerait, à s'en tenir à la rigueur des principes, que l'autorisation qui interviendrait depuis, devrait être nul et de nul effet.

Néanmoins Leprêtre, cent. 2, ch. 16, rapporte deux arrêts qui ont jugé que l'autorisation intervenue depuis l'acte, rétabli l'acte, et ont en conséquence de l'autorisation intervenue depuis l'acte, condamné la femme à payer ce qu'elle s'était obligée de payer par l'acte, avant que d'être autorisée. Mais Leprêtre et Lebrun observent fort bien que ces arrêts n'ont pas jugé que l'autorisation interposée depuis l'acte, rendit l'acte valable, du jour de sa confection, *ut ex tunc*, ce

qui est absolument nul, ne pouvant être confirmé : mais qu'ils ont seulement jugé que l'acte devenait valable *ut ex nunc ;* du jour de l'autorisation, *tanquam ex concensu contrahentium qui adhuc perseverare intelligitur quandiu non apparet mutatio voluntatis.*

De là il suit, 1o que si avant l'autorisation, l'une ou l'autre des parties était morte, ou avait perdu l'usage de la raison ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation du mari qui serait depuis interposée, ne pourrait plus rétablir l'acte ;

2o Que l'acte rétabli par l'autorisation survenue depuis, ne peut produire d'hypothèque que du jour de l'autorisation, n'étant valable que de ce jour.

---

* 2 *Merlin, Rép., vbo autorisation, sec.* III, § III, *No.* 1. } Et c'est la différence qu'il y a entre les obligations d'un mineur et celles d'une femme mariée. Les premières ne sont pas nulles ; les lois accordent bien la voie de restitution pour en revenir ; mais cette voie même suppose l'existence et la validité de ces obligations et c'est pour cela que, suivant la disposition de plusieurs textes du droit romain, les cautions qui y accèdent pour en assurer l'effet, sont bien et valablement engagés. Les secondes au contraire sont nulles de plein droit ; la femme étant déclarée, par nos coutumes, inhabile à contracter, et incapable de s'obliger sans l'autorisation de son mari, il est impossible que sans cette autorisation, elle donne une véritable existence à ces obligations.

---

* 2 *Toullier, No.* 661. } Mais la nullité qui résulte du défaut d'autorisation n'est plus comme dans *l'ancienne jurisprudence* une *nullité* radicale et absolue, ce n'est qu'une nullité relative qui ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers.

[ARTICLE 183.]

* 1 *Marcadé*, *No.* 749, *p.* 567. } Dans la plupart des anciennes coutumes, l'acte passé par la femme sans l'autorisation du mari était radicalement nul, en sorte qu'il ne pouvait être validé ni par l'assentiment postérieur du mari, ni par la ratification de la femme devenue veuve. [*Pothier*, *Puiss. du mari*, *Nos.* 5 *et* 14.)

* *De Moly*, *p.* 457. } Cité sous l'art. 180, p. 198.

* 3 *Zacharie*, *p.* 343. } En cas de contestation sur la validité d'un acte passé par une femme mariée, ce n'est pas à la personne qui attaque cet acte, à prouver le défaut d'autorisation, c'est à la personne qui le défend à établir l'existence de l'autorisation. Paris, 2 Janv. 1808, Sir., VII, 2, 791.

2 *Duranton*, *No.* 512 *in fine.* } L'art. 222 ne veut pas dire non plus ce que M. Toullier lui fait dire : il a eu seulement pour objet de rendre la nullité *relative*, *d'absolue* qu'elle était anciennement.

* *Id.*, *No.* 515. } Quoique l'article 225 donne aux héritiers du mari ou de la femme le droit de demander la nullité, néanmoins ceux du mari seraient non recevables s'ils n'avaient aucun intérêt à la faire prononcer : l'intérêt est la mesure des actions ; et vraiment ils auront intérêt puisque la femme n'a pu engager les biens de la communauté.

* *I Delsol*, *p.* 204. } *De la nullité des actes faits par la femme non autorisée.*—Dans l'ancien droit français, cette nullité était d'ordre public et pouvait, comme nous l'avons vu, être invoquée par toute personne intéressée. Aujourd'hui elle est simplement relative.

[ARTICLE 184.]

* *C. N.*, 225. } La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

---

184. La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.	**184. A wife may make a will without the authorization of her husband.**

---

* *Pothier, Puissance du mari, Nos.* 43, 47. } [43.] *Cité suprà sous l'art.* 177, *p.* 180.

[47.] Dans les Coutumes qui demandent l'autorisation pour le testament des femmes mariées, une femme qui a fait son testament avec l'autorisation de son mari, a-t-elle besoin de son autorisation pour le révoquer ? Je ne la crois pas nécessaire : il est de l'essence des dispositions testamentaires qu'elles soient la dernière volonté dans laquelle meurt le testateur ; il suffit donc qu'il paraisse de quelque manière que ce soit, que cette femme a changé de volonté à l'égard de ses dispositions testamentaires ; pour qu'elles ne puissent être valables ; or l'acte par lequel elle les a révoquées, fait suffisamment connaître son changement de volonté, quoiqu'elle ne se soit pas faite autoriser pour le faire.

C'est mal à propos que Guy-Pape oppose la règle de droit : *quæque dissolvuntur eodem modo quo colligata sunt.* Cette règle qui suppose un lien déjà formé, ne peut recevoir d'application aux dispositions testamentaires, qui ne peuvent avoir aucun effet, jusqu'à ce qu'elles aient été confirmées par la mort du testateur qui meurt dans la même volonté.

En vain opposerait-on que *priùs testamentum non rumpitur nisi per posterius æque perfectum :* car c'était une subtilité du droit Romain et quoique le testament ne fût pas rompu, quant à la subtilité du droit, ceux au profit de qui les dispositions qu'il contenait, étaient faites, ne pouvaient en profiter

contre la volonté du testateur : *his velut indignis auferebatur sive hæreditas, sive legatum ; L. 12, ff. de his quæ ut indig. L. 4*, Cod. d. tit. Ajoutez que dans nos Coutumes, nos testaments ne sont que ce qu'étaient les codiciles d'un intestat, qui se révoquaient *nudá voluntate.*

* *Id., Donations test., c.* 3, *sect.* 1. } Pareillement la femme mariée, quoique soumise en pays coutumier à la puissance de son mari, ne laisse pas d'être capable de tester, et elle n'a pas même besoin (si on excepte un petit nombre de coutumes) de l'autorisation de son mari, quoiqu'elle en ait besoin pour tous les actes entre-vifs ; la raison est qu'il est de la nature des testaments de ne pas dépendre de la volonté d'un autre que du testateur et que d'ailleurs ils ne commencent à avoir leur effet qu'au temps de la mort, auquel temps la puissance maritale cesse.

---

* 3 *Pand. franç., p.* 442. } *C. N.*, 226. " La femme peut tester sans l'autorisation de son mari."

[No. 209.] Cet article est l'expression du droit commun de la France. Presque toutes les coutumes ne requéraient l'autorisation du mari, que pour les actes entre-vifs d'où il suivait qu'elle n'était pas nécessaire pour les dispositions testamentaires.

Cette règle était fondée, en raison. 1o Il est de l'essence du testament, qu'il soit l'expression de la seule volonté du Testateur. (*Testamentum est justa voluntatis sententia de eo quod quis post-mortem suam fieri velit. Ins. tit. de Testam.*) 2o Le testament ne commence véritablement à exister, il ne reçoit l'être, qu'au moment de la mort du testateur, dans un temps où le puissance du mari s'évanouit, et où, par conséquent, la femme n'a plus besoin d'autorisation.

[ARTICLE 185.]

CHAPITRE SEPTIEME.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

185. Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints; tant qu'ils vivent l'un et l'autre il est indissoluble.

CHAPTER SEVENTH.

OF THE DISSOLUTION OF MARRIAGE

185. Marriage can only be dissolved by the natural death of one of the parties; while both live, it is indissoluble.

---

* *Pothier, Mariage, Nos.* 462-7. } [462.] Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints; tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble.

[467. 6e. al.] Devant Dieu, le lien du mariage ne peut se dissoudre que par la mort de l'un des conjoints.

---

* *Gousset, Code civil sur art.* 28. } ...Le mariage qu'il (*le condamné à la mort civile*) avait contracté précédemment est dissout quant aux effets civils, mais non quant au lien : *quod Deus conjunxit homo non separet.* Les jurisconsultes le reconnaissent.

" La mort civile ne dissout, dit M. Delvincourt, et ne peut " dissoudre que le lien civil ; le lien religieux subsiste tou- " jours, tellement que, si l'époux innocent venait à se marier civilement, avant la mort de son premier époux, ce ne serait point un mariage qu'il contracterait dans le for intérieur, mais un adultère caractérisé qu'il commettrait." (Cours de Cod. civ., tom. 1, p. 215. Ed. 1819.)

* *Id., sur art.* 227. } Le mariage des chrétiens, lorsqu'il est consommé, ne peut être dissous, quant au lien, que par la mort naturelle de l'un des époux : *quod Deus conjunxit homo non separet* (Math., c. 19, v. 6). Cette doctrine a été reconnue par nos Législateurs, 1816.

...Au reste, le mariage n'est dissous par la mort civile que quant aux effets civils.

* 3 *Pand. franç.*, *p.* 446. } *C. N.*, 227. "Le mariage se dissout 1o. par la mort de l'un des époux; 2o. par le divorce légalement prononcé; 3o. par la condamnation devenue définitive, de l'un des époux (à une peine) emportant mort civile."

No. 212. Le mariage, comme on le voit par cet article, se dissout, en général, de deux manières, naturellement et civilement.

Naturellement, il ne se dissout que par le décès de l'un des époux.

Civilement, il se dissout par le divorce régulièrement prononcé, et par la mort civile de l'un des époux.

Ces deux derniers moyens de dissolution sont fort anciens. Presque tous les peuples ont admis le divorce; presque tous ont attribué à la perte des droits civils, l'effet de dissoudre le mariage.

---

* 2 *Duranton*, *No.* 520. } Quant à la mort civile, le mariage est bien dissous par elle, aux termes de l'article 25 et de cet article 227; mais relativement à l'époque à laquelle elle en opère la dissolution, nous croyons, ainsi que nous l'avons dit au tôme 1er, No. 253, qu'il faut distinguer entre les condamnations prononcées contradictoirement, et les condamnations prononcées par contumace.

Ainsi, pour les premières, le mariage est dissous par l'exécution du jugement, soit réel, soit par effigie, (arts. 25 et 26 combinés.)

TITRE SIXIÈME.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES. } Le titre VI du premier livre, au Code Napoléon, intitulé : " Du Divorce, " contient, dans cinq chapitres distincts, les règles relatives à cette institution introduite en France par la nouvelle législation, et aussi celles qui se rattachent à la séparation de corps, espèce de divorce ayant avec le véritable beaucoup de ressemblance sous certains rapports, tandis que sous d'autres elle en diffère essentiellement. Cette différence consiste particulièrement en ce que l'un rompt le lien du mariage de manière à ce qu'il ne puisse se renouer, tandis que l'autre, laissant subsister ce lien, permet aux époux de se réunir à volonté, et par là faire cesser l'effet de leur séparation pour l'avenir. Quant à la ressemblance, elle consiste en ce que les causes de l'un et de l'autre sont à peu près les mêmes, ainsi que plusieurs des effets qui en résultent.

Les règles également applicables à tous les deux sont éparses dans les quatre premiers chapitres, tandis que le cinquième contient celles qui sont particulières à la séparation.

Le divorce n'étant pas reconnu par nos lois civiles, ainsi qu'il a déjà été dit (titre 5 sur art. 185, les commissaires ont dû omettre tout ce qui le regarde uniquement, et changer, comme ne convenant plus, la rubrique même du titre.

La séparation, au contraire, faisant encore partie de notre jurisprudence, il a fallu en rechercher les règles, les coordonner et en former un ensemble distinct et complet. C'est à quoi est destiné le présent titre, intitulé : " De la séparation de corps," lequel, divisé en quatre chapitres, énonce les causes de la séparation, les moyens de l'obtenir, les mesures conservatoires permises pendant le litige, et enfin les effets qu'elle produit.

Les dispositions qu'il contient sont conformes à l'ancienne jurisprudence, sauf quelques exceptions qui sont indiquées à mesure qu'elles se présentent.

La séparation de corps peut se demander, d'après le Code Napoléon, pour les mêmes causes que le divorce (C. N. 306, 4 Pand. Fr., p. 38) ; les causes énumérées aux articles de 229 à 233 sont toutes admises parmi nous, à l'exception de deux, la condamnation à une peine infamante (232), et le consentement mutuel (233) ; la première étant contraire à l'article 185 de notre titre " Du mariage," qui déclare que la mort naturelle seule peut dissoudre le mariage ; la seconde, (le consentement mutuel,) parce qu'elle est opposée à l'article 193 du présent titre, qui défend que les parties à une demande en séparation en admettent les allégués. Ainsi cette demande ne peut être basée sur le commun accord des époux ; elle doit l'être sur des faits spécifiques et suffisants, allégués et prouvés (186, 192 et 193).

L'adultère de la femme est, dans tous les cas, une cause suffisante (187) ; celui du mari ne l'est que dans le cas où il tient sa concubine dans la maison commune (188). Chacun des époux peut former la demande pour mauvais traitements et injures graves (189), lesquels sont appréciés par le tribunal, d'après l'état et les circonstances des parties (190). Elle peut aussi être portée par la femme contre le mari qui refuse de lui fournir les choses nécessaires, suivant leur position et leurs moyens (191).

CHAP. II. FORMALITÉS DE LA SÉPARATION. C'est au tribunal du domicile des époux que se porte cette demande (192), qui est instruite et jugée comme les autres actions civiles, avec cette différence déjà mentionnée, que les allégations n'en peuvent être admises ; il faut la prouver (193); mais les parents étaient admis comme témoins, même dans les temps où la parenté était un motif de reproches ; un article avait été préparé pour le dire, mais il a été retranché, vu que cette cause de reproche a été abolie dans tous les cas.

Si c'est la femme qui veut poursuivre, elle doit se faire autoriser par le juge à ester en jugement, et à se retirer, pendant le procès, dans un lieu qu'elle indique (194); cette

double demande lui est accordée, si le juge est satisfait de la suffisance des allégations, qui, dans tous les cas, doivent être exposées dans une requête libellée (194 et 195.)

La réconciliation des époux, avant ou pendant l'action, y met fin. Elle peut cependant être renouvelée pour cause survenue depuis, et alors les anciens griefs sont admis au soutien de la nouvelle demande (196 et 197).

Si l'action est fondée sur les mauvais traitements ou les injures, quoiqu'ils soient suffisamment prouvés, il est permis au tribunal de différer son jugement, afin de fournir aux époux l'occasion de s'entendre (199).

Si l'action est renvoyée, la femme doit, sous le délai fixé, retourner chez son mari, qui est, lui, obligé de la reprendre (198).

Tous ces articles conformes à l'ancienne jurisprudence, et au nouveau code, ne requièrent aucunes explications.

CHAP. III. DES MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES LA SÉPARATION DONNE LIEU.

C'est le mari, poursuivant ou poursuivi, qui a la garde des enfants pendant le procès, à moins que dans leur intérêt le tribunal ou le juge n'en ordonne autrement (200); s'il est demandeur, la femme peut, (comme au cas de l'article (194), quitter le domicile marital, et se retirer dans le lieu qui lui est indiqué par le juge (201).

Soit que la femme poursuive ou soit poursuivie, elle peut obtenir une pension alimentaire provisoire fixée par le tribunal, et aussi les effets à son usage particulier (202).

Mais cette pension peut être supprimée, et l'action même renvoyée, si elle laisse le lieu qui lui a été assigné, et refuse d'y retourner, sous le délai qui lui est imparti (203).

Comme il est à craindre que le mari, administrateur et en possession des biens communs, ne les dissipe ou ne se les approprie frauduleusement pendant la contestation, la femme commune peut, en tout état de cause, se faire autoriser à saisir-gager les biens mobiliers de la communauté, pour la conservation des droits qu'elle y pourra prétendre (204).

Cette disposition imitée de l'article 270 du Code Napoléon, et relative au divorce, s'applique également à la séparation de corps.

Entre cet article (270) et le nôtre, il existe cependant cette différence, que d'après le premier c'est le scellé, tandis que d'après le second c'est la saisie-gagerie que l'on emploie. Celle-ci (la saisie-gagerie) est le mode dont on faisait usage dans l'ancienne jurisprudence, et dont on se sert encore dans nos tribunaux. C'est cet usage, joint à l'économie et à la simplicité relative de ce mode, qui le fait préférer au scellé, malgré l'avantage que présente ce dernier, en ce qu'il ne peut être levé sans qu'il soit fait inventaire, accompagné d'une prisée, laquelle pare aux difficultés résultant, dans le cas de la saisie-gagerie, de l'incertitude sur la valeur des effets saisis, lorsqu'ils ne sont pas représentés en nature.

L'on ne révoque pas en doute le droit qu'a la femme, de saisir-gager lorsqu'elle poursuit ; les Commissaires sont unanimes sur ce point, mais l'un d'eux, (le juge Day), est d'avis qu'elle n'a pas ce remède lorsqu'elle est défenderesse, et de plus que, si elle l'avait, ce ne serait pas ici le lieu de l'énoncer, mais bien au code de procédure ; les deux autres ne voient pas de différence, et croient devoir suivre l'exemple du Code Napoléon qui confond les deux cas.

Quand au lieu où ce droit devrait être consigné, ils pensent aussi, contrairement à l'opinion de leur collègue exprimée également dans son rapport spécial, que ce doit être au code civil, quoique le mode de l'exercer et les détails d'exécution dussent être renvoyés au code de procédure.

Dans le même but d'empêcher le mari de compromettre, pendant le procès, les intérêts de la femme, la loi déclare nuls tous les actes préjudiciables à la communauté qu'il fait subséquemment à l'autorisation accordée à la femme d'ester en jugement et de se retirer de son mari (arts. 195 et 201), si ces actes paraissent faits en fraude des droits de la femme (205).

La séparation de corps, pour quelque cause qu'elle ait lieu, ne rompt pas le lien du mariage (206) ; mais elle permet à la femme d'avoir une habitation différente de celle de son mari, qui, de sa part, n'est plus obligé de la recevoir (207). Elle emporte de droit la séparation de biens, ce qui prive le mari du droit qu'il avait sur ceux de la femme, et permet à celle-ci de se faire restituer sa dot et ses apports, (à moins que pour cause d'adultère ils ne soient déclarés forfaits) ; et aussi d'exiger les dons et avantages résultant de son contrat de mariage, même les gains de survie, s'ils ont été stipulés exigibles dans ce cas (208).

La première partie de cet article est sans difficulté ; celle qui reconnait aux tribunaux le droit de déclarer forfaits les droits de la femme, au cas d'adultère, est conforme à l'ancienne jurisprudence. Quant aux gains de survie, la disposition qui les regarde est basée sur les principes émis dans les observations sur l'article (110) du titre IV (Des absents) auxquelles l'on doit référer.

De la séparation de corps résulte aussi la dissolution de la communauté, avec toutes ses conséquences ordinaires (209), l'une desquelles fait que la femme peut, sans autorisation, ester en jugement et contracter pour ce qui regarde l'administration de ses biens pour ce qui excède cette administration, elle a besoin de l'autorisation du juge (210).

Cette dernière partie est de droit nouveau, en ce qu'elle permet à la femme de s'adresser directement au juge pour être autorisée, tandis que d'après l'ancien droit elle devait d'abord demander l'autorisation du mari, et n'avoir recours au juge qu'au cas de refus.

Le changement proposé a paru aux Commissaires propre à simplifier les procédés et à soustraire la femme à des démarches généralement inutiles, et toujours désagréables d'après la position que la séparation a faite aux époux.

Une autre conséquence de la séparation c'est que celui des époux contre qui elle est prononcée, perd les avantages que lui a faits celui qui l'obtient (211), tandis que celui-ci conserve

ceux qui lui ont été faits, dans le cas même où ils ont été stipulés réciproques, quoique la réciprocité n'existe pas (212); cependant si l'un des époux séparés n'a pas de quoi vivre, l'autre doit lui en fournir suivant ses moyens et les circonstances, d'après l'appréciation du tribunal, (213).

C'est généralement à celui qui a obtenu la séparation que sont confiés les enfants communs; cependant le tribunal peut en ordonner autrement, si leur intérêt l'exige (214); quoiqu'il en soit, chacun des époux peut surveiller leur éducation et est tenu de contribuer à leurs besoins suivant ses moyens (215).

Au reste, la séparation ne change en rien les droits de ces enfants : ils restent dus et exigibles, de même que si elle n'eût pas eu lieu (216).

La réunion des époux (laquelle leur est toujours permise), met fin à l'effet de la séparation, rend au mari son autorité sur la personne et les biens de la femme, et rétablit la communauté pour l'avenir (217).

Tous ces articles sont conformes au droit ancien et au moderne, et ne présentent aucune difficulté.

RAPPORT SPÉCIAL DE M. LE COM. DAY. — L'article 204 déclare que la femme, poursuivante ou poursuivie, sur une action en séparation de corps, a droit de saisir-gager les effets mobiliers de la communauté. Elle a, sans difficulté, ce droit lorsqu'elle est demanderesse; mais, à mon avis, elle ne l'a pas lorsqu'elle est défenderesse. Je crois aussi que l'article ne devrait pas être inséré dans ce code, et dans ce cas, comme dans tous les autres, je renverrais les dispositions concernant les remèdes spéciaux et les formalités et modes d'actions au Code de procédure civile.

Le tout respectueusement soumis.

(Signé,) C. D. DAY.

TITRE SIXIÈME.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

—

CHAPITRE PREMIER.

DES CAUSES DE LA SÉPARATION.

186. La séparation de corps ne peut être demandée que pour cause déterminée; elle ne peut être fondée sur le consentement mutuel des époux.

TITLE SIXTH.

OF SEPARATION FROM BED AND BOARD.

—

CHAPTER FIRST.

OF THE CAUSES OF SEPARATION FROM BED AND BOARD.

186. Separation from bed and board can only be demanded for specific causes; it cannot be based on the mutual consent of the parties.

---

* *Rousseaud de la Combe, Vo. Séparation, p.* 613. } § 1.—La séparation de biens se fait par contrat de mariage, quand il y a clause expresse que les conjoints jouiront séparément, et ne suffit stipulation qu'il n'y aura communauté, parce que la puissance maritale donne droit de jouir de la dot, tant en pays coutumier, qu'en pays de droit écrit, *ad sustinenda matrimonii onera.* (Ren. No. 2.)

2. Se fait par justice, *quando maritus neque finem neque modum expensarum habet* : *quando vergit ad inopiam ;* quand la dot périclite *evidentissimé, l.* 24, *sol. matr. l.* 29, *cod. de jur., dot ; Nov.* 97, *cap.* 6 ; *Ren. N.* 3, ou quand il est imbécile et incapable de gouverner son bien. (Ren. N. 4.)

La séparation de corps ne vaut faite volontairement, (Le Prêtre, cent. 1, ch. 67.) Ne doit être ordonnée sans enquête, grande cause et quelque nécessité. (Ren. N. 49).

---

* *Pothier, mariage, No.* 517. } La femme ne peut obtenir la séparation d'habitation que par une sentence du juge rendue en grande connaissance de cause. Une acte reçu par des notaires, par lequel une femme exposerait tous les faits pour lesquels elle demande la sépara-

tion, et par lequel le mari, de son côté, reconnaîtrait la vérité de ces faits, et consentirait par conséquent à la séparation, serait un acte absolument nul, qui ne produirait aucun effet. L'engagement du mariage étant formé par Dieu lui-même, non seulement il est indissoluble, mais il ne doit pas même être permis aux parties qui l'ont contracté, de donner la moindre atteinte aux effets qu'il doit produire, sans de grandes causes, dont le mérite doit être examiné et reconnu par le juge.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 212. } L'effet des infractions étant de rendre insupportable à la femme la cohabitation avec son mari, il n'y a pas d'autres moyens d'y remédier, que de les séparer de corps et d'habitation.

Id., *p.* 213.—Lorsque les époux ne s'accordent pas et conviennent de se séparer, la justice ne les en empêche pas, elle ne peut désapprouver qu'ils obvient, par là, aux chagrins qu'ils pourraient se causer respectivement et aux effets qui pourraient résulter de leur mésintelligence ; on ne peut même que les louer de ce que, par leur séparation, ils cherchent à amortir le feu de la discorde, mais cette séparation n'a aucun effet civil : elle ne change rien à la communauté, ni au régime des biens de la femme, sur lesquels le mari conserve toujours son autorité, à la différence de la séparation ordonnée en justice, où l'on dissout cette communauté, et remet ce régime entre les mains de la femme. Il y a plus, cette séparation volontaire ne subsiste qu'autant que les deux époux le veulent bien : si un seul réclame contre et redemande la cohabitation, la justice l'ordonne malgré l'autre. Il importe à l'ordre public, à cause des enfants nés ou qui peuvent naître du mariage, et de la dignité du lien qui unit les époux, qu'il ne puisse être dissous à la volonté des parties, et que la justice seule puisse en suspendre les effets, parce qu'alors elle ne le fait que dans les cas de nécessité.

[ARTICLE 186.]

Id., *p.* 240.—Le remède à toutes les infractions commises par la femme à ses obligations particulières, est la séparation de corps.

---

* *I Maleville*, *p.* 272, *sur art.* 306, *C. N.* } " Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. " [C. N., 306].

Id., *pp.* 226-227.—*Observations sur le titre du divorce.*—Dans la séance du 26 vendémiaire an 10, on discuta la question présentée par M. Portalis ; savoir si la séparation de corps serait admise comme action parallèle au divorce : l'affirmative ne présentait pas de difficultés sérieuses à la majorité du Conseil ; il fallait laisser cette ressource aux époux malheureux dont la religion rejetait le divorce. Elle est autorisée en Prusse pour les habitans catholiques ; et la justice, la politique même, exigeaient que, dès que pour la minorité dissidente des Français, on admettait le divorce, on ne prohibât pas la séparation de corps à la majorité. Mais l'organisation de cette séparation donna lieu à beaucoup de débats.

Si la femme séparée, disaient quelques membres, porte le nom de son mari, si elle demeure libre, elle peut continuer à le déshonorer, vivre même avec son séducteur. Autrefois, la femme convaincue d'adultère était condamnée aux peines de l'authentique ; elle était renfermée dans un couvent où son mari pouvait la reprendre pendant deux ans ; mais aujourd'hui qu'il n'y a plus de couvent, que deviendra la femme ? Le Code Criminel actuel ne porte pas même de peine contre l'adultère ; il semblerait, d'après cela, que la séparation de corps ne devrait pas être admise pour cette cause, sauf à celui qui s'en plaindrait à prendre directement la voie du divorce.

On disait même que le besoin de cette séparation pour les Catholiques était plus apparent que réel ; car le Demandeur, après avoir fait prononcer le divorce, n'avait qu'à ne pas se remarier.

Enfin, cette séparation devrait-elle être éternelle? Et parce que le Demandeur ne voudra pas user du divorce, et ne fera prononcer que la séparation, faudra-t-il que l'autre passe sa vie dans le célibat?

On répondait que les inconvéniens de la séparation étaient bien moins graves que ceux du divorce; mais que le fussent-ils davantage, on ne pouvait refuser la séparation de corps à la nation qui la réclamait, qu'il fallait seulement chercher à adoucir ces inconvéniens; qu'on pouvait établir des peines contre l'adultère; que le mari, quoique séparé de corps, pouvait veiller sur la conduite de sa femme, et la faire punir, parce que le lien n'était pas rompu; qu'on ne pouvait pas forcer un époux à intenter une action que sa religion réprouvait...........

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 149. } A l'égard de la séparation de corps, le juge doit se tenir dans un juste milieu, entre une molle indulgence, et une rigueur outrée.

On n'exige pas toujours que la femme ait essuyé des mauvais traitements physiques, comme les coups. Si le mari, surtout entre personnes qui ont reçu de l'éducation, et qui jouissent d'un certain état, tient une conduite habituellement injurieuse, et outrageante envers sa femme; s'il lui rend la vie dure, et désagréable; si, en un mot, sans la battre, il la rend plus malheureuse que ne le feraient des voies de fait, qui seraient l'effet de quelques emportemens passagers, on se détermine à ordonner la séparation.

---

187. Le mari peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme.	187. A husband may demand the separation on the ground of his wife's adultery.

* *Pothier, Mariage, No.* 525. } Le cas auquel il intervient une séparation d'habitation sur la demande du mari, est lorsque sur la plainte du mari, la femme est déclarée atteinte et convaincue de crime d'adultère.

---

* 2 *Pigeau, p.* 239. } La femme convaincue d'adultère est en même temps déclarée déchue de tous ses droits de communauté, douaire, préciput et autres avantages à elle faits par son contrat de mariage.

Des indécences, quoique donnant lieu au soupçon d'adultère, ne seraient pas suffisantes pour opérer la peine de l'authentique ; mais si elles étaient assez considérables et en assez grand nombre, pour donner lieu de croire que la femme se fait un jeu de ses devoirs, méprise toutes bienséances, et qu'il lui importe peu de donner lieu au soupçon d'inconduite, le mari pourrait obtenir la réclusion par voie civile. Les Novelles 17 et 22 lui accordaient le divorce, lorsqu'à son insu ou contre son gré, la femme se répandait en parties de plaisir avec des hommes dont la société ne lui était pas convenable, et lorsqu'elle passait les nuits dehors sans cause raisonnable, et malgré son mari.

---

* *C. N.*, 229. } Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

---

188. La femme peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il tient sa concubine dans la maison commune.	**188.** A wife may demand the separation on the ground of her husband's adultery, if he keep his concubine in their common habitation.

---

* *Cod. L.* 8, *De repudiis.* } Si qua igitur maritum suum adulterum...... ad contemptum sui domus vel suæ, ipsa inspiciente, cum impudicis mulieri-

bus (quod maximè etiam castas exasperat), cœtum ineuntem probaverit : tunc repudii auxilio uti necessario ei permittimus libertatem, et causas dissidii legibus comprobare.

---

* *Novel. XXII, Collat. IV, Tit.* 1, *cap. XV*, § 1. } Causæ repudiorum. Si igitur secundùm Theodosii piæ memoriæ constitutionem valuerit mulier ostendere maritum aut adulterio delinquentem, aut...... per alium aliquem talem modum...... Si igitur mulier tale aliquid ostendere potuerit, licentiam ei dat lex repudio uti, et nuptiis abstinere, dotemque percipere, et antenuptialem donationem totam, non solum si omnes simul probaverit causas, sed etiam si secundùm se unam.

---

* *Novel.* CXVII, *Collat.* VIII, *Tit.* XVIII, *cap.* IX, § 5. } De justis divortii causis mulieri concessis...... Si quis in ea domo in qua cum sua conjuge commanet, et contemnens eam, cum alia inveniatur in ea domo manens, aut in eadem civitate degens, in alia domo cum muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus, aut per suos, aut per mulieris parentes : aut per alias fide dignas personas hujusmodi luxuria non abstinuerit : licere mulieri pro hâc aausâ solvere matrimonium, et recipere datam dotem, et antenuptialem donationem.

---

* *Rousseaud de la Combe, Vo. adultère, p.* 13. } Suivant le droit il est permis au père qui a sa fille sous sa puissance de tuer son adultère, pourvu qu'il les trouve dans le crime dans la maison de son gendre, ou dans la sienne, L. 20, 21 et 22 ff. *ad leg. Jul. de adulter*, ce qui n'était pas permis au mari par l'ancien droit, *quia plerumque paterni nominis pietas pro liberis consilium capit, verùm mariti calor et impetus refrœnandus fuit ; dict. l.* 22 § *ult.* Mais *jure novo* le mari peut quelquefois tuer l'adultère de sa femme par lui-même

ou par ses enfants, *imperante patre et viribus lapso*, *leg.* 4, *C. eod.* Il le pouvait aussi, suivant l'ancien droit, pourvû que ce fût une personne abjecte, et qu'il le trouvât dans le crime avec sa femme dans sa maison et non ailleurs, *l.* 24, *ff. eod.* et si en pareil cas il tuait une personne plus relevée, ou sa femme, son crime ne demeurait pas impuni ; mais il n'était point condamné au dernier supplice *ob justum dolorem, quem difficilimum est temperare*, *l.* 38, § 8 *ff. eod.* Ainsi la nuit, une juste douleur, et le premier mouvement excusent le mari. Mais aussitôt le mari doit renvoyer sa femme, et déclarer au juge dans les trois jours, qu'il a tué un tel adultère dans sa maison.

Enfin *jure novissimo*, Justinien a permis au mari de tuer un adultère suspect, après l'avoir averti par trois fois, *Auth. si quis, C. cod.*, *Novell.* 117, *cap. ult.*

Mais le Droit Canon que nous suivons en ce point, défend au mari de tuer l'adultère ni sa femme, *Augustin. de adult. conjug. lib.* 12, *cap.* 15, *in can.* 9. *caus.* 33 *quæst.* 2. Ainsi il ne le peut point en conscience, *nam non est singulis concedendum, quod per Magistratus solet expediri, leg.* 176 *de div. reg. jur. Perez*, C. *cod*, *No.* 23 contre Jul. Clar. *lib.* 5, *sentent. homicidium. No.* 50 *et seq.* Gomez *ad leg.* 80. Tauri, *No.* 51 *et seq.* et Covarruv. *de matrim. part.* 2, *cap.* 7, *No.* 9, *et seq.* qui dit que cette loi d'Espagne n'est pas contraire à la Religion, ni à la justice.

---

* 1 *Guyot, Rép. vo. adultère, p.* 196. } Si le mari tue sa femme, quoique surprise en adultère, il perd tous les avantages qu'elle peut lui avoir faits, tant par contrat de mariage que par testament.

Nous remarquerons à ce sujet que, quoiqu'il ne soit pas permis en France à un mari de tuer sa femme, ni celui qu'il surprend en flagrant délit avec elle, cependant lorsque cela arrive il obtient facilement des lettres de rémission ; ce qui ne serait pas, s'il tuait les coupables autrement qu'en flagrant délit.

[ARTICLE 188.]

Si le mari a favorisé la débauche de sa femme, la dot de celle-ci ne doit pas lui être adjugée.

...Quoique dans nos mœurs il n'y ait contre les maris adultères aucune peine afflictive ou infamante, on pense néanmoins que celui qui l'est ne peut pas accuser sa femme d'adultère, ou du moins que celle-ci peut faire cesser l'action en usant de récrimination, et en opposant à son mari le même crime que celui dont on l'accuse. La raison de cette décision, est qu'on ne doit point écouter celui qui veut faire punir l'inobservation des promesses qu'il a violées lui même.

Plusieurs auteurs croient aussi que la femme du mari adultère peut intenter contre lui l'action d'adultère, non par la voie criminelle pour le faire punir, mais par la voie civile pour obtenir une séparation de corps et de biens, et le faire priver de la dot et des autres avantages qu'elle a pu lui faire par contrat de mariage. Mais d'autres pensent que si la femme n'alléguait que ce seul moyen, elle ne serait point écoutée et qu'il faut pour que son action soit admise, que l'adultère soit accompagné de scandale ou de mauvais traitemens, dissipation et autres choses semblables. Cette dernière opinion ést suivie dans les tribunaux du royaume.

Voici à ce propos une espèce singulière rapportée dans les plaidoyers de Gillet.

Louis Semitte de la Croix, épicier à Paris, fit à sa femme un billet conçu en ces termes :

" Je permets à ma femme de faire, *vous m'entendez bien*, avec qui il lui plaira. A Paris, ce 24 Janvier 1688. "

Comme la femme avait usé de cette permission sans la demander et sans l'attendre, le mari rendit contre elle une plainte d'adultère. La femme de son côté accusa le mari de libertinage avec ses servantes, et cita le billet qu'on vient de lire comme une marque de mépris de la part de ce mari. Celui-ci ne nia pas le billet ; mais il prétendit qu'il ne l'avait

fait qu'en badinant, et dans la circonstance d'un reproche de jalousie de la part de sa femme. Sur cette contestation, le Châtelet rendit le 27 fév. 1693 une sentence, par laquelle il priva la femme des droits résultans de ses conventions matrimoniales à cause de l'adultère dont elle était convaincue, et adjugea ce droit non au mari, que le billet que nous avons rapporté avait fait regarder comme auteur et complice du libertinage de sa femme, mais à la fille de leur mariage.

Le mari et la femme interjetèrent appel de cette sentence ; mais la femme se désista de son offre et avoua que le billet dont elle avait fait usage au Châtelet pour établir la complicité de son mari, n'avait été fait qu'en badinant : en conséquence, le parlement rendit un arrêt le 22 janvier 1702, par lequel il condamna cette femme à être enfermée à Bicêtre, et déclara adultérins les enfans nés de son commerce avec Eustache le Noble.

Au reste, on tient pour maxime que la femme cesse d'être punissable lorsque le mari a donné lieu lui-même à l'adultère en le favorisant.

Lorsque l'adultère avec la femme a été commis contre son gré et par la violence, elle n'est point coupable, ni par conséquent sujette à aucune peine ; mais il faut que la violence soit prouvée.

Les mauvais traitemens du mari envers sa femme peuvent faire diminuer la peine de l'adultère parce qu'il peut en quelque sorte en être regardé comme la cause.

Lorsque le mari a continué d'habiter avec sa femme après l'avoir surprise en adultère, il ne peut l'accuser parce qu'il est censé avoir pardonné l'injure : il en est de même lorsqu'après avoir eu connaissance du crime il s'est réconcilié avec elle.

Il y a plus : c'est que la réconciliation du mari avec la femme poursuivie pour adultère, empêche qu'il ne puisse continuer son action contre le complice de sa femme pour le

condamner à des dommages et intérêts. Cela a été ainsi jugé par arrêt du 17 Juillet 1691.

... Nous avons dit qu'en France le mari seul pouvait accuser sa femme d'adultère : cette maxime y est tellement observée, que par arrêt du 18 Juillet 1665 il a été jugé qu'un père ne pouvait, malgré son fils, accuser sa belle-fille d'adultère. Les héritiers du mari ne peuvent pas non plus intenter l'accusation d'adultère contre sa femme, lorsqu'il ne s'est pas plaint lui-même de son vivant. Arrêts des 9 mai 1585 et 14 mai 1620 et arrêt du parlement de Bretagne du 7 juin 1725.

Id. p. 199.—La preuve de l'adultère peut se faire non seulement par des témoins qui ont vu commettre le crime, mais encore par des indices et des présomptions. Ceci est fondé sur la difficulté qu'il y a d'avoir des preuves dans cette espèce de délit, mais une seule présomption ne suffit pas ; il en faut plusieurs, et même il faut que ce soit des présomptions fortes et violentes.

Ces présomptions sont : 1o Quand on a vu l'amant et la femme se promener souvent ensemble seuls dans des endroits peu fréquentés ; 2o Quand on a vu l'amant parler plusieurs fois en secret à la femme, lui faire des présents, etc. ; 3o Quand on l'a vu aller souvent la nuit rendre des visites à la femme, ou pendant le jour lorsque le mari était absent ; 4o Quand on a vu l'amant et la femme s'enfermer ensemble tête-à-tête, s'embrasser, etc. ; 5o Si l'amant accusé avoue qu'il a commis l'adultère, et que la femme au contraire nie le fait, la déclaration du coupable qui avoue son crime forme un indice considérable contre la femme ; 6o Les domestiques et les parens sont admis à déposer en matière d'adultère ; mais leurs témoignages ne forment qu'un indice, et non une preuve complète.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 209 *et suiv.* } Une constitution de Théodose et les lois de Justinien décident que l'adultère du

mari met la femme en droit de demander la séparation ; mais quoique celui de la femme soit puni sévèrement, celui du mari ne l'est pas de même ; nos tribunaux mettent une grande distance entre ces deux crimes, ils se fondent sur trois raisons.

La première, c'est que les enfants adultérins du mari ne sont pas à la femme, au lieu que ceux de la femme sont au mari : " Je puis faire des princes sans vous disait une princesse à son époux, et vous n'en pouvez pas faire sans moi."

La seconde, c'est que " plusieurs siècles voient à peine une accusation d'adultère intentée par un mari, la crainte de l'éclat arrête : il fait qu'il ne peut publier le crime de sa femme sans se couvrir de honte. Le préjugé seul étoufferait ses plaintes, si le déshonneur réel qui en est la suite ne suffisait pas pour le déterminer à dévorer en secret ses malheurs.

" Toutes ces raisons cessent du côté de la femme ; elle ne jouit qu'avec plus de gloire de sa propre vertu, lorsque son mari se déshonore lui-même par une infidélité.

" Enhardie par cela même à poursuivre un mari coupable, rien ne pourrait donc mettre un frein à sa vengeance : parce qu'elle ne risquerait rien, elle oserait tout, le plus léger soupçon deviendrait le prétexte d'une accusation, et la foi solennelle du lien conjugal serait compromise à chaque instant." (M. Gerbier, Mémoire pour le comte de Montboissier.)

Enfin, la troisième raison qui a engagé à faire une grande différence entre l'adultère du mari et celui de la femme, et à exiger d'elle un degré de retenue et de continence que l'on n'a pas exigé de l'homme, c'est que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes les vertus, et que la femme en violant les lois du mariage, sort de l'état de dépendance naturelle." (*Esprit des lois*, liv. 26, chapitre 8.)

L'expérience de tous les siècles nous apprend en effet que

chez les hommes le désordre se borne assez souvent au physique, tandis que chez les femmes il corrompt presque toujours l'esprit et le cœur; aussi l'un des plus grands historiens de l'ancienne Rome nous dit-il que la femme qui a abandonné la pudeur (*Neque fæmina, amissâ pudicitiâ, alia flagitia abnuerit.* Tacit. Annal. lib. IV. n. 4), se livre bientôt à d'autres crimes; et M. d'Aguesseau développant cette vérité, observe que " l'adultère est souvent le premier pas qui conduit à l'assassinat, qu'il semble que cette conjecture soit devenue une présomption de droit, et qu'elle ait passé en maxime ordinaire dans les tribunaux : *Adultera, ergo venefica.*" Cinquante-unième plaidoyer.

Ces différences entre les suites de ces deux crimes font qu'on les considère dans les tribunaux d'une manière bien différente.

Il n'en faut pas conclure cependant que l'adultère du mari ne soit jamais réprimé, ni dire avec Pothier, " qu'il n'appartient pas à la femme qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur; qu'elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et que la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite." (*Mariage*, *No* 516) : tant que cet adultère n'est qu'une simple faiblesse, une suite de la satiété et de l'inconstance du cœur humain, qu'il n'est accompagné d'aucune circonstance éclatante ni outrageante pour la femme, et que son mari observe d'ailleurs tous les égards qu'il doit à sa femme, et cherche à la dédommager en quelque sorte par là de son infidélité, elle ne trouve aucun accès dans les tribunaux; mais si, au chagrin de cette infidélité, il se joint quelques circonstances mortifiantes, qui annoncent de la part du mari un oubli absolu de ses devoirs et de toute retenue, on a jugé que la femme ne pouvait plus être forcée à continuer de vivre dans une société aussi terrible.

Cette jurisprudence est établie par les lois romaines; la

loi 8 au cod. *de Repudiis*, veut que si le mari introduit au mépris de son épouse, des femmes impudiques dans sa maison, elle puisse demander le divorce : Si qua...... maritum suum ......ad contemptum sui, domusve suœ, ipsâ inspiciente, cum impudicis mulieribus (quod maximè etiam castas exasperat) cœtum ineuntem... probaverit ; tunc repudii auxilio uti necessario ei permittimus libertatem, et causas dissidii legibus comprobare.

Entr'autres exemples de l'adoption de cette loi, nous citerons celui que rapporte Papon dans ses arrêts, liv. 22, tit. 9, art. 3. " La femme, dit-il dans son vieux langage, se plaignait que son mari entretenait une paillarde en leur maison depuis cinq ou six ans, au conspect, présence et dédain de la dame sa femme, et que pour lui complaire, il avait souvent battu et maltraité sa femme. La séparation fut prononcée." Un autre cas où l'adultère du mari est un motif suffisant de séparation est lorsque le mari entretenant un mauvais commerce avant son mariage, le continue après. Enfin un troisième cas où l'adultère autorise la femme à demander la séparation est lorsqu'il en est résulté pour le mari des suites fâcheuses qu'il a communiquées à sa femme. Pothier, *mariage*, no. 514, prétend cependant qu'elles ne peuvent servir de fondement à une pareille demande, presque tous les gens de l'art étant en état de les faire disparaître. C'est étendre bien loin les bornes de la puissance maritale que de décider qu'une femme ne pourra se plaindre en pareil cas, où sa santé est souvent altérée par une cause que tous ceux qui la connaissent regardent comme très dangereuse dans ses effets, et quelquefois même mortelle.

Id., *pp.* 212-213.— Nous avons déjà dit que, lorsqu'une femme est mineure, et ne voulait pas demander sa séparation de biens, quand son intérêt l'exigeait, sa famille pouvait lui faire créer un tuteur *ad hoc*, pour poursuivre cette action : il n'en est pas de même de la séparation de corps, elle est à cet égard maîtresse absolue.

[ARTICLE 188.]

La raison de cette différence est que, dans le premier cas, le refus de la femme de se plaindre de la dissipation de son mari, et du risque que courent ses deniers dotaux, ce refus procède de son inexpérience en affaires et de sa faiblesse; au contraire, son silence sur les mauvais procédés de son mari, est regardé comme l'effet d'une sage modération; et bien loin de l'imputer à la faiblesse, on doit le considérer comme l'effet de la patience, et par conséquent d'une force d'esprit et d'un courage dont il faut bien se garder d'empêcher les effets.

L'action en séparation de corps est donc absolument personnelle; de sorte que si la femme meurt sans l'avoir exercée, l'action meurt avec elle, et ne passe point par conséquent à ses successeurs. A l'égard du cas où elle meurt entre son exercice et le jugement, nous parlerons de ce qui en résulte ci-après.

Id., 1 *vol. p.* 343.—Lorsqu'une des parties décède pendant l'instance, l'autre ne peut rien faire jusqu'à ce que celui qui succède à cette partie ait pris qualité dans la succession, qu'il ait ensuite repris l'instance ou été assigné en reprise.

Il y a des actions qui périssent avec ceux qui les ont exercées ou ceux contre qui elles l'ont été; telles sont les demandes en séparation de biens ou de corps, et de toutes celles qui sont tellement attachées à une personne, qu'elles ne puissent se transmettre à des successeurs, parce qu'elles ont été établies par des raisons relatives à ces personnes-là seulement.

Mais quoique dans ces cas l'action ni l'obligation de défendre à l'action ne passent pas aux successeurs, néanmoins, comme l'instance a occasionné des frais qui doivent être à la charge de la partie qui aurait succombé, on peut poursuivre ces successeurs, pour faire juger contre eux que l'instance était mal fondée de la part du défunt; que par conséquent ils doivent, comme le représentant, supporter les frais qu'elle a occasionnés.

Par exemple, si une femme ayant intenté une demande

en séparation de corps contre son mari, décède pendant l'instance, le mari soutenant que cette demande était mal fondée, pourra poursuivre les représentants de sa femme, non pas pour faire rejeter la séparation, puisque la mort l'a opérée de fait ; mais pour faire décider que la femme était mal fondée ou non recevable à la demander.

Mais on ne peut poursuivre cette instance contre les représentants, qu'ils n'aient pris un parti, ou que les délais pour le faire ne soient expirés, et qu'ils n'aient repris l'instance ou été assignés en reprise.

Les successeurs peuvent, de leur côté, s'ils prétendent la demande bien fondée, reprendre l'instance pour la faire déclarer telle et avoir les dépens : ainsi jugé en faveur du légataire universel de la marquise du Pont-du-Château, contre le marquis, par arrêt du 28 mai 1756, que Denisart cite au mot *reprise d'instance*, no. 13.

---

* 1 *Merlin, Rép. vo. adultère p.* 239. } Dans le droit romain, il ne pouvait y avoir adultère, que lorsqu'il y avait commerce entre un homme libre ou non et une femme mariée. Le commerce qui avait lieu entre un homme marié et une femme libre, n'était pas qualifié d'adultère : c'était un simple stupre. *Propriè adulterium in nuptâ committitur* (dit la loi 6 § 1 D. *ad leg. Jul. de adult.*), *propter partum ex altero conceptum composito nomine : struprum vero in virginem viduamve committitur.* Aussi verrons-nous bientôt la Novelle 22, ch. 15, distinguer le mari coupable d'adultère, du mari vivant en concubinage avec d'autres femmes que la sienne.

...Mais lorsqu'a été rédigé l'art. 230 du Code civil, il y avait longtemps que cette manière d'entendre le mot *adultère*, relativement au mari, était abolie dans la jurisprudence de toute l'Europe. Le chap. 4 du titre des décrétales, *de eo qui cognovit consanguineam uxoris suæ*, avait déclaré adultère le

mari qui entretenait un commerce illicite avec une femme libre, comme le mari qui entretenait un commerce illicite avec une femme mariée, et cette décision était devenue la règle de tous les pays policés : *Cœterùm* (dit Voët, sur le Digeste, liv. 48, tit. 5, n. 7), *uti jure divino atque canonico, ita et moribus hodiernis, ligati cum solutâ œquè ac soluti cum ligatâ adulterium est.*

Et l'on ne peut douter, personne ne doute en effet, que telle ne soit l'acceptation donnée au mot *adultère* par l'art. 230 du Code civil.

Id., Ibid., p. 243, *et suiv.* } Dans le droit romain, la femme ne pouvait pas, par une action publique, accuser son mari d'inceste. Elle ne pouvait non plus par une action publique, l'accuser d'un autre crime, quel qu'il pût être...

Cependant la femme pouvait se faire, de l'adultère dont son mari s'était rendu coupable par le commerce qu'il avait eu avec une autre femme mariée, un titre pour demander le divorce et répéter sa dot...

Et c'est ce que décidait textuellement la Novelle 22, ch. 15, § 1, non-seulement pour l'adultère, mais encore pour un grand nombre d'autres crimes que pouvait commettre un mari.

...Quels changements la Novelle 117 avait-elle apportés à cette législation ?

...D'après cette Novelle même, la femme ne pouvait pas accuser criminellement son mari, soit d'avoir attenté à ses jours, soit d'avoir cherché à la prostituer. Cependant elle pouvait alléguer et prouver civilement l'un et l'autre crime, comme causes de divorce.

Id., Ibid., p. 245.—Dans le droit romain, la véritable dénomination de concubine n'aurait pas pu convenir à une fille vivant avec son frère dans un commerce criminel : mais pourquoi ? parceque, dans le droit romain, le concubinage

n'avait rien d'illicite ; parceque la législation elle-même en faisait un état qu'elle reconnaissait, *quia concubinatus per leges nomen assumpsit* disait la loi 3 D. *de concubinis* ; parceque cet état n'était, suivant l'expression de la loi 3 C. *de naturalibus liberis*, qu'un mariage inégal *inæquale conjugium ;* parce qu'une concubine n'était, comme le dit Cujas, qu'une épouse dont la légitimité était incomplète, *minùs justa uxor.*

Aussi la loi 1, § 3, D. *de concub.* déclarait-elle formellement qu'il ne pouvait pas exister de concubinage, soit entre le fils ou le petit-fils et la concubine du père ou de l'aïeul, soit entre le père ou l'aïeul et la concubine du fils ou du petit-fils : *Si qua in patroni fuit concubinatu deinde in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contrà, non puto eam rectè facere ; quia propriè ne faria est hujusmodi conjunctio ; et ideo hujusmodi facinus prohibendum est.*

Aussi la loi 58, D. *de ritu nuptiarum*, qualifiait-elle d'incestueux le concubinage dans lequel vivait un oncle avec sa nièce, *etiamsi concubinam quis habuerit sororis filiam, incestum committitur.*

Mais cela n'empêchait pas, et les deux derniers textes cités en fournissent la preuve, que la femme qui vivait dans un commerce incestueux avec un parent ou un allié, même naturel, qu'elle n'aurait pas pu épouser, ne fût sa concubine de *fait.* Seulement le concubinage qui existait entre eux, au lieu d'être légal, prenait le caractère de crime.

Dans nos mœurs, on ne fait point et on n'a jamais fait de distinction semblable. Tout commerce entre un homme et une femme qui n'est point précédé d'un mariage solennel est un concubinage ; et tout concubinage est illicite.

Ainsi, nul doute que, dans nos mœurs, la femme qui vit dans un commerce illicite avec son frère, avec son beau-frère, avec son père, avec son beau-père, ne soit aux yeux de la loi, sa concubine, comme elle serait celle d'un étranger avec qui elle vivrait dans le même état.

Nul doute, par conséquent, que, dans l'art. 230 du Code Civil, la dénomination de *concubine* ne soit applicable à la parente même la plus proche avec laquelle le mari entretient un commerce illicite dans la maison commune.

...*Tenir quelqu'un dans une maison*, est une expression générique, qui comprend aussi bien la personne qu'on y loge par suite de l'obligation dans laquelle on est de lui procurer un logement, que la personne à qui l'on y donne une habitation non obligée.

Ainsi, l'on dit, en parlant d'un père, qu'il tient ses enfants dans sa maison, pour exprimer qu'il les a près de lui, qu'il ne les fait pas élever dans une maison étrangère.

Ainsi, l'on dit, en parlant d'un tuteur, qu'il tient sa pupille dans sa maison, pour exprimer qu'il ne l'a pas placée dans un pensionnat.

---

1 *Delvincourt*, *p.* 190 *des notes et explications.* } *Dans la maison commune.*—Il n'est pas nécessaire que ce soit dans le domicile commun; il suffit que ce soit dans la maison ou l'habitation commune ; *putà*, dans une maison de campagne où les époux auraient été passer la belle saison : comme il suffit que ce soit dans le domicile commun, quand même la femme n'y résiderait pas actuellement. Il peut se faire que ce soit précisément la présence de la concubine qui l'ait empêchée d'y venir. *Sic* jugé et avec raison, à Orléans, le 16 Août 1820, (Sirey 1821 ; 2e. partie, page 134), et en cassation, les 21 Décembre 1818, 27 Janvier 1819 ; 1er. partie, pag. 164 et 165.)

2 *Solon*, *Nullités*, *p.* 50, *No.* 49. } On a admis comme prouvant la complicité d'adultère, la déclaration faite par le prévenu, dans un acte de naissance, qu'il est le père de l'enfant issu de la femme adultère. Peu importe que la déclaration soit nulle, elle n'en fournit pas moins la preuve du fait de l'adultère ; la Cour Royale de Paris l'a ainsi jugé,

avec raison, par arrêt du 11 février 1829, rapporté dans la Gazette des Tribunaux du 21 fév. même année.

---

189. Les époux peuvent réciproquement demander la séparation de corps pour excès, sévices et injures graves de l'un envers l'autre.

189. Husband and wife may respectively demand this separation on the ground of outrage, ill-usage or grievous insult committed by one toward the other.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 236. } Il serait bien singulier que l'homme, institué maître de la société conjugale par les lois divines et humaines, fût puni lorsqu'il contreviendrait à ces obligations, et que la femme, que les lois et la simple raison ont mise sous la dépendance du mari, ne le fut pas aussi, lorsqu'elle les enfreindrait.

Id., *p.* 237.—Pour que le mari puisse se plaindre des infractions de la femme, il faut qu'il n'y ait pas donné lieu ; quand la loi, d'accord avec la nature lui confère un droit de puissance sur sa femme, c'est pour le bonheur et l'avantage de celle-ci, et non pour la tyranniser ; si donc il abuse de ce droit quoique la loi ne permette pas à la femme de s'en venger elle-même ; néanmoins, si dans le ressentiment des outrages qu'elle a reçues, elle les a repoussés, la loi l'excuse, et n'indique au mari d'autres moyens d'empêcher ce ressentiment, que de se comporter à l'avenir envers sa femme comme il le doit.

Obligations communes, *manière de les enfreindre* : Première manière : La jalousie : ce sentiment bas et vil qui peut être un motif de séparation pour la femme, ne peut guère l'être pour le mari qui peut le souffrir bien plus volontiers que la femme, à qui sa dépendance en rend les effets odieux et insupportables : d'ailleurs la différence qu'il y a entre la réputation

des hommes et celle des femmes, beaucoup plus fragile et qui exige par conséquent beaucoup plus de ménagement, est une raison pour faire une grande distinction en faveur du sexe.

Seconde manière.—L'indifférence, c'est-à-dire, celle qui a pour principe un oubli total des devoirs du mariage.

Cet indifférence se refère à la vie ou à l'honneur du mari. A la vie, 1. si la femme laisse manquer son mari du nécessaire, lorsqu'il ne peut se le procurer, et qu'elle est en état de le lui donner.

2. Si elle le laisse en prison pour dettes, quoiqu'elle soit en possibilité de le retirer.

3. Si elle le laisse en esclavage.

A l'honneur, si elle laisse son mari sous le poids du soupçon ou d'une accusation dont il lui est impossible de se défendre; v. g. s'il est détenu en vertu d'un ordre souverain, et qu'elle ne fasse aucunes démarches pour le délivrer ; s'il est accusé injustement et n'a pas les facilités nécessaires pour poursuivre sa justification ; mais s'il a ces facultés, c'est à lui à se défendre.

Troisième manière.—La haine, c'est-à-dire celle qui est telle qu'elle rende insupportable au mari la nécessité d'habiter avec sa femme.

Pour établir les cas où cette haine de la femme devient pour le mari un sujet de réclamation,il faut expliquer comment elle peut attaquer le mari, 1. dans sa vie; 2. sa santé, 3. sa tranquillité; 4. enfin, son honneur.

La haine attaque la vie du mari, lorsque la femme a employé ou fait employer quelques moyens pour le faire périr.

Lorsqu'elle attaque la santé, on distingue entre les gens du commun et ceux qui ont reçu une éducation plus soignée; la femme qui se livre à des excès contre son mari, doit être réprimée, parcequ'en secouant le joug de la puissance maritale, et abdiquant ce caractère de douceur qui est propre à

son sexe, elle donne tout lieu de craindre qu'elle ne se porte à des extrémités qu'une justice prévoyante et sage doit prévenir.

La haine de la femme attaque la tranquillité du mari par des persécutions, des procès mal fondés et des injures.

Enfin, elle attaque l'honneur du mari de trois manières.

La première, par des paroles injurieuses et diffamantes ; on est cependant plus difficile que lorsqu'il s'agit de diffamation de la part du mari envers la femme, parce que la réputation du sexe étant beaucoup plus fragile, demande des précautions plus scrupuleuses.

La seconde manière, par l'obtention d'une lettre de cachet contre son mari. Une femme qui use d'une pareille voie injustement est plus coupable qu'un homme, parce qu'elle ne le fait ordinairement que pour vivre dans l'indépendance et un désordre plus repréhensible chez elle que chez l'homme, comme nous l'avons démontré.

La troisième manière, en accusant son mari en justice d'un crime quelconque : entre autres exemples de ce principe nous citerons deux arrêts.

Le premier du 12 mars 1672, rapporté au troisième volume du Journal des Audiences, est dans l'espèce d'une femme qui avait accusé son mari et un enfant de celui-ci d'un premier lit, d'avoir voulu l'empoisonner. L'arrêt l'a condamnée seulement en 6000 liv. de réparation civile sans autre peine.

Il y a lieu de croire que si cette femme n'a pas été condamnée à la réclusion, c'est que son mari n'y avait pas conclu, puisque dans l'espèce du second arrêt, il s'agissait d'accusation bien moins grave, et que la femme fut condamnée à cette réclusion. Ce dernier arrêt rendu contre la comtesse de Conigham, est rapporté dans Denisart, au mot *Séparation de nom*. Cette dame ayant accusé faussement son mari de l'avoir trompée lors de son mariage et d'avoir supposé une origine, un nom et un état qui ne lui appartenaient pas ; sur les

preuves de l'indignité de cette accusation, elle fut déclarée déchue des dons et avantages à elle faits par son mari, comme douaire, préciput, droit d'habitation, &c. Il lui fut enjoint de se retirer dans un couvent qui lui serait indiqué par son mari; et elle fut condamnée en outre en 1000 liv. de dommages et intérêts. Cet arrêt est imprimé.

Quatrième manière d'enfreindre l'amour conjugal. Le mépris.

Le mari n'étant pas dans la dépendance de sa femme, il peut supporter bien plus volontiers ses mépris. D'ailleurs, ils ne peuvent influer sur la réputation du mari, comme ceux du mari peuvent influer sur la réputation de la femme, à laquelle la moindre atteinte fait des blessures presque toujours incurables.

Mais quoique l'on fasse une différence, la femme n'est pas exempte de punition, lorsque par ses mépris elle a rendu sa société insupportable à son époux. Il y a un arrêt du 8 Octobre 1712, lequel a condamné une femme qui avait injurié et frappé son mari, à comparoir en la maison de celui-ci, et lui demander pardon de ses excès, en présence de quatre personnes ; lui a enjoint de porter honneur et respect à son mari et défendu de récidiver ; mais il n'a pas prononcé la séparation.

Cinquième manière. L'adultère. On a expliqué la différence qu'il y a entre l'adultère du mari et celui de la femme, qui est beaucoup plus repréhensible.

Cette différence entre les deux crimes fait qu'il y en a une aussi dans la punition. La peine contre la femme est la réclusion. Elle est en même temps déclarée déchue de tous ses droits de communauté, douaire, préciput et autres avantages à elle faits par son contrat de mariage, et sa dot dévolue à son mari. Lorsqu'il y a des enfants, le mari n'a que l'usufruit des biens de sa femme.

V. aussi 2 *Pigeau*, p. 239 cité sous l'article 187.

[ARTICLE 189.]

* *Gousset sur art. 231, p. 96.* } Les excès sont des actes de violence qui peuvent mettre en danger la personne de l'époux. Par sévices on entend tous mauvais traitemens moins violens, mais habituels. Les injures graves sont celles qui résultent de certaines actions, paroles ou écrits qui portent atteinte à l'honneur de l'époux. Il faut avoir égard au sexe, au rang, à l'âge et à la conduite de l'époux outragé. Ainsi, par exemple, la demande en séparation, formée par la femme pour cause d'excès, de sévices et injures de la part de son mari, pourrait être écartée par la preuve que la femme les aurait provoqués par son inconduite et le déréglement de ses mœurs.

Tels sévices, tels excès, telles injures qui seraient assez graves pour faire prononcer la séparation de corps, sur la demande d'une épouse innocente et vertueuse, pourrait ne l'être pas assez, s'il était prouvé que l'épouse a violé la foi conjugale.

(Répert. de Jurisp., vo Divorce, sec. 4 § 12; Manuel de droit français, sur l'art. 230.)

---

* *C. N.*, 231. } Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices, injures graves de l'un envers l'autre.

---

* 4 *Pandectes Frs. p.* 35. } 19. On comprend sous le nom d'excès et sévices, les mauvais traitements, qui consistent en actions, comme les coups de pied, ou de poing, les soufflets, et autres de ce genre. Il faut, suivant les lois Romaines, qu'ils aient été portés au point de faire craindre pour la vie de celui des époux qui en a été l'objet.

Si suæ vitæ veneno aut gladio, aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus (quæ ingenuis aliena sunt), afficientem probaverit (*L.* 8, § 2, *Cod. de Repud.*)

Nous n'avons point porté la rigueur si loin, et dans nos mœurs, beaucoup plus douces, nous ne demandons pas que la femme soit exposée à perdre la vie. Mais on veut que les

sévices soient graves, et qu'ils soient, de la part du mari, une habitude qui rende son empire dur et cruel. On ne ferait aucune attention à l'effet d'un mouvement de colère accidentel qui ne serait qu'un orage passager. Le meilleur mari peut s'oublier un moment. Il peut être jeté hors des gonds, et donner, dans un excès d'impatience, un soufflet dont il se repent l'instant d'après. On sait à quoi tiennent les querelles de ménage, et que, pour l'ordinaire, ni l'une ni l'autre des parties n'est sans torts. Il faut donc que la femme prouve une suite constante de mauvais traitements, un état habituel d'oppression, de la part de son mari.

On fait attention aussi à l'état et à l'éducation. Tels faits, qui seront très-graves pour une femme d'un certain état, seront légers à l'égard d'une autre.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la femme parce que le moyen résultant des sévices et mauvais traitements, ne peut guère être invoqué que par elle. Le mari qui viendrait se plaindre d'être battu par sa femme ne serait que ridicule. On ne le plaindrait point; et nous doutons que les tribunaux l'écoutassent, à moins que les faits ne fussent de nature à donner lieu à une action criminelle.

Nous avons néanmoins connu des maris qui étaient réellement battus par leurs femmes; mais nous n'avons jamais vu ces faits produire d'autre effet que le rire.

20. Quant aux injures, on sent bien que celles de la femme contre le mari, si ce n'est sa conduite déréglée, qui déshonore la maison, et peut corrompre les enfants, ne sont pas encore capables de produire beaucoup d'effet.

Il n'en est pas de même du mari, il peut nuire d'une manière bien grave à sa femme par ses injures. C'est pour cela que la diffamation publique, par laquelle un mari attaque l'honneur et la réputation de chasteté de sa femme, a toujours été mise au nombre des justes causes de séparation.

Nous disons la diffamation publique, parce que la diffama-

tion doit avoir ce caractère pour servir de base à une demande en divorce, ou en séparation. Des plaintes que le mari aurait renfermées dans l'intérieur de sa famille, ou versées dans le sein d'un ami, ne constitueraient pas la diffamation.

De là il suit que l'accusation d'adultère, dans laquelle un mari aurait succombé, est une juste cause de séparation. Une pareille accusation est la plus grave de toutes les diffamations. " Serait-il possible, " disait M. d'Aguesseau dans une semblable occasion, d'obliger une femme honnête de soutenir la vue perpétuelle de son détracteur ? de la condamner à vivre avec celui qui a voulu lui ravir l'honneur ; de la contraindre à supporter une société qui ferait le supplice de l'innocent, encore plus que du coupable ? "

Ce principe est constant et juste. Néanmoins c'est peut-être une porte ouverte aux abus que l'on pourra faire du divorce. Un mari dirigera contre sa femme, une demande en adultère, qu'il saura bien ne pas pouvoir soutenir. Alors, si la femme demande de sa part le divorce, il obtiendra ce qu'il veut Si elle ne demande que la séparation de corps, il aura ensuite le moyen de la contraindre au divorce.

---

190. La gravité et suffisance de ces excès, sévices et injures sont laissées à l'arbitrage du tribunal, qui, en les appréciant, doit avoir égard à l'état, condition et autres circonstances des époux.

190. The grievous nature and sufficiency of such outrage, ill-usage and insult, are left to the discretion of the court which, in appreciating them, must take into consideration the rank, condition and other circumstances of the parties.

---

* *Pothier, Mariage, Nos.* 507-508. } L'union du mari et de la femme, qui est formée par Dieu même, et le pouvoir que chacun des conjoints donne sur son corps, par le mariage

à l'autre conjoint, ne permettent pas à une femme de demander la séparation d'habitation que pour de très-grandes causes. Elle est obligée, dans le for de la conscience, à s'attirer par sa douceur et par ses complaisances, les bonnes grâces de son mari : et si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari, et même à ses mauvais traitemens : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, et comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés ; cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au-devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses soient poussées aux plus grandes extrémités.

508. A l'égard du for extérieur, les juges ne doivent pas trop facilement permettre à une femme, de se séparer d'habitation de son mari à qui Dieu l'a unie : mais lorsqu'il y a de justes causes, ils doivent le lui permettre ; car, selon les règles de l'ordre politique, on doit, non pas faire, mais permettre un moindre mal pour en éviter un plus grand : or il n'est pas douteux que la discorde et les querelles qui arrivent tous les jours entre le mari et la femme, si on les laisse ensemble, sont un bien plus grand mal que leur séparation ; on doit donc, pour l'éviter, permettre à la femme de se séparer d'habitation de son mari, lorsqu'il y a pour cela de justes causes.

Quelles sont ces justes causes? c'est ce qui n'est pas facile à déterminer : on peut bien dire, en général, qu'on doit séparer d'habitation une femme, lorsqu'elle a considérablement à souffrir de l'aversion que son mari a conçue pour elle, et qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à une réconciliation sincère ; mais il n'est pas facile de déterminer le degré de ce qu'elle doit avoir à souffrir pour qu'il y ait lieu à la séparation, ni d'appliquer ce principe aux différentes circonstances dans lesquelles se donnent les demandes en séparation.

C'est pourquoi on doit laisser entièrement à l'arbitrage et à

la prudence du Juge, les causes de séparation. Il ne doit être, ni trop facile à l'accorder pour des dissensions passagères, ni trop difficile lorsqu'il aperçoit dans les parties une antipathie et une haine invétérée,que la cohabitation ne pourrait qu'augmenter, si on les laissait ensemble.

---

* *Gousset*, *p.* 96. } Cité sous l'article précédent.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 201 *et suiv.* } Les infractions seules peuvent autoriser la femme à se plaindre de son mari, et demander d'en être séparée ; mais les maladies, même contagieuses, la fureur ni l'imbécilité ne peuvent donner lieu à une pareille demande ; parce qu'une des fins du mariage est de s'aider respectivement à supporter les misères et les malheurs de la condition humaine, la société conjugale n'est pas seulement une société de biens, mais une société de maux que les époux doivent partager.

Cependant, si la cohabitation avec l'époux malade devenait dangereuse à l'autre, celui-ci pourrait se faire autoriser à mettre le malade en lieu convenable à sa situation, soit pour le faire traiter, soit pour l'y garder ; ce ne serait pas contrevenir à ses obligations, puisqu'il fournirait à son conjoint les secours nécessaires : mais cette espèce de séparation cesserait avec le mal ou le danger, et n'apporterait d'ailleurs aucun changement à la société conjugale ; si donc il y avait communauté, elle subsisterait toujours, avec cette observation que si c'était le mari qui fut malade, on autoriserait la femme à la gérer, si elle en était capable.

Pour qu'un fait puisse être la matière d'une infraction, il faut qu'il soit commis avec l'intention, au moins indirecte, de contrevenir aux obligations du mariage, ainsi un coup, même violent, donné par mégarde ou méprise, ne serait pas un moyen de séparation.

[ARTICLE 190.]

De même que le fait, sans l'intention, n'est point une infraction, de même l'intention sans le fait n'en est point une. Cependant si la femme prouvait qu'il y avait un dessein formé, de la part de son mari, d'effectuer contre elle une intention criminelle, et que l'exécution n'a été empêchée que par la découverte qu'elle a faite de ce dessein (par exemple si elle prouvait que son mari avait projeté de la faire renfermer injustement), l'intention pourrait être traduite et discutée en justice, à l'effet, par la femme qui aurait manqué d'en être la victime d'obtenir de la justice d'être garantie à l'avenir des mauvais effets de cette intention.

On se marie pour supporter en commun les maux et les chagrins de la vie, et nous supporter plus aisément nous-mêmes en trouvant dans la société de la personne avec qui l'on est uni, des consolations qui allègent le fardeau de nos peines.

Tel est le but du mariage : sa fin est de nous rendre meilleurs ; et comment y parviendrait-on, si chacun des époux, fermant les yeux sur ses propres imperfections, ne supportait pas, avec patience et douceur, celles de la personne à laquelle il est uni ?

C'est donc un des principaux devoirs des époux, et celui même dont l'exécution est des plus importantes pour le maintien de leur union, que de se passer réciproquement leurs défauts, autant qu'il le leur est possible.

Ainsi, quoique le mari doive aimer sa femme, et avoir pour elle tous les égards que dicte la dignité du mariage, la loi est bien éloignée de prononcer la séparation pour tous les cas où il enfreint ses obligations ; elle sait que l'homme le plus sage et le mieux réglé sort souvent des bornes de la sagesse, et qu'il est des écarts involontaires qui proviennent du dégoût, de la satiété, des chagrins de la vie, des travaux domestiques, et de la bizarrerie du cœur humain, auxquels la réflexion n'a aucune part, et qu'il faut pardonner à notre faiblesse.

[ARTICLE 190.]

Outre ces raisons communes aux deux époux, il y en a une qui est particulière à la femme : la nature forme l'homme grave et austère ; le fardeau des affaires domestiques vient encore renforcer ce caractère primitif ; la femme au contraire reçoit de la nature une douceur et un enjouement très propres à tempérer cette espèce d'austérité qui nous est particulière ; livrée d'ailleurs à des occupations paisibles, tout contribue à lui donner un caractère et une humeur plus doux et plus facile, qui doivent la disposer à supporter avec patience les défauts de son mari, et surtout cette rudesse qu'elle trouve assez ordinairement dans ses manières.

La femme ne doit donc pas penser que quelques emportements, quelques défauts soient des raisons pour opérer une séparation. Si de pareils moyens étaient admis indistinctement, la société conjugale, créée pour être indissoluble, ne le serait pas puisque le moindre écart suffirait pour en opérer la dissolution : c'est le cas de dire à la femme, que si son mari a des défauts, elle en a aussi qu'il est obligé de supporter, et qu'elle ne doit pas croire qu'il prendra sur lui toutes les charges, tandis qu'elle en retirera tous les avantages.

Mais lorsque le mari a franchi la ligne que la loi met entre ces écarts et ceux qui annoncent une infraction totale de ses obligations, lorsque par des haines, des calomnies, des persécutions, des voies de fait violentes, il tombe dans un mépris absolu de ses devoirs, qui rend la société insupportable à sa femme ; alors, la loi indignée de l'abus que le mari fait de la puissance qu'elle lui a confiée, lui retire cette puissance ; à la vérité, elle ne brise pas les liens du mariage, parce que la religion les déclare indissolubles, mais elle relâche et pose entre l'homme et la femme une barrière qui met celle-ci à l'abri des effets de la haine du mari.

Pour discerner les infractions excusables d'avec celles qui peuvent autoriser un recours à la justice, on se règle sur l'état et la condition des époux, leur âge et leur éducation,

et toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou alléger le fardeau à celui qui souffre.

On fait donc à cet égard une grande distinction entre les personnes du commun et celles d'un rang élevé, ou qui ont reçu une éducation qui a dû empêcher le mari de commettre les excès auxquels il s'est livré.

La raison est que si les défauts et les vices se font sentir dans toutes les classes, le genre d'éducation qu'on a reçue, l'état et le rang qu'on tient dans la société, le genre de personnes que l'on fréquente, en modifie la manifestation et en change le caractère : la haine qui éclate chez un homme du commun par des voies de fait graves, n'est souvent pas plus à craindre pour la femme, que celle qui, chez un homme plus élevé, se développe par des injures, des voies de fait légères et des mortifications, qu'une éducation soignée et l'usage du monde rendent aussi sensibles à celui qui les reçoit, que le sont les injures graves pour une personne du commun dont la sensibilité est plus difficilement émue.

D'ailleurs, chez les gens du commun, les expressions grossières, certaines voies de fait même, doivent être considérées plutôt comme l'effet de l'habitude et du défaut d'éducation, que comme le mouvement d'un cœur dur et corrompu ; chez les personnes bien-nées, au contraire, elles doivent être regardées comme indiquant une férocité de caractère, dont les suites pourraient être funestes à la femme, si l'on n'y obviait, en ordonnant la séparation.

Souvent des infractions prises séparément ne sont pas suffisantes pour opérer la séparation, tandis que réunies elles peuvent la déterminer ; il faut cependant que les faits ne soient pas ceux qu'on pardonne à la faiblesse, mais tiennent le milieu entre ceux-là et ceux qui suffisent seuls pour faire prononcer cette séparation.

La raison de cette distinction entre les faits réunis et les faits divisés. est qu'un acte passager n'annonçant pas une

corruption de cœur de la part du mari, ni un oubli médité de ses devoirs, la femme peut aisément le supporter ; mais il n'en est pas ainsi des infractions multipliées ; une expérience journalière nous apprend que de même que les coups les plus faibles peuvent par leur réitération diminuer un mouvement et une force supérieure, de même notre sensibilité est émue d'une manière plus durable et plus profonde, par une impression légère, mais réitérée, que par un choc violent mais passager.

Ainsi, un homme qui serait convaincu d'avoir cherché à rendre la vie insupportable à sa femme, par des fureurs méthodiques, des persécutions médiocres à la vérité, mais étudiées et constantes, un tel homme ne pourrait être à l'abri d'une demande en justice.

Il faut cependant bien prendre garde de donner dans une autre extrémité : il est souvent arrivé que des femmes qui n'avaient point de faits graves à présenter à la justice, en ont articulé une multitude, très-faibles en eux-mêmes, mais auxquels leur imagination et l'amour de l'indépendance ont donné une sorte de consistance, pour en induire une persécution et une haine suivies qui pussent autoriser leur demande. Mais la justice qui ne se paie pas de chimères, a toujours réduit ces faits à leur juste valeur, et obligé ces femmes de vivre dans les engagements de leur état.

Une circonstance nécessaire pour qu'un fait puisse être regardé comme une infraction aux obligations du mariage, est que la femme qui s'en plaint ne se le soit point attiré. Ainsi, une femme qui par son inconduite, ses emportements, un oubli et un mépris quelconque de ses devoirs, aurait excité ou provoqué son mari, ne pourrait se plaindre de ce que celui-ci aurait fait dans le ressentiment de l'outrage, pourvu toutefois que l'effet de ce ressentiment fût excusable ; car si la religion défend la vengeance, la justice, qui considère que la nature

nous en a donné le penchant, l'excuse en ce cas, lorsqu'elle n'excède pas l'effet que la cause a dû produire.

Si cependant, il y avait à craindre de réunir les époux sur le champ, les juges, en rejetant la demande de la femme, mettraient un intervalle entre leur décision et la réunion, pour faciliter l'extinction de la haine et le retour à des sentiments qui doivent animer les époux.

Lorsque l'on voit qu'il y a torts respectifs, et si violents que l'on ne puisse rien espérer de ce tempéramment, on ordonne la séparation absolue, mais on compense les dépens; la séparation ayant été également occasionnée par les deux époux.

---

191. Le refus du mari de recevoir sa femme et de lui fournir les choses nécessaires à la vie, suivant son état, sa condition et ses moyens, est une autre cause pour laquelle la femme peut demander la séparation de corps.

191. The refusal of a husband to receive his wife and to furnish her with the necessaries of life, according to his rank, means and condition, is another cause for which she may demand the separation.

---

* *Pothier, Mariage, No.* 511. } On peut aussi mettre au nombre des justes causes de séparation, le refus que ferait un mari, par dureté envers sa femme, de lui fournir, dans un état d'infirmité, les choses les plus nécessaires à la vie, quoiqu'il eût le moyen de les lui fournir.

Observez que lorsque la séparation est demandée pour cette cause, le juge ne doit pas la prononcer d'abord; mais qu'il doit, par une première sentence, condamner le mari à fournir à sa femme les choses qu'elle demande, qu'il jugera lui être nécessaires; ce n'est que faute par le mari d'exécuter cette première sentence, qu'il prononce la séparation.

[ARTICLE 191.]

* 2 *Pigeau, p.* 204 et suiv. } *Manière d'enfreindre les obligations communes.*—1o. La jalousie non motivée, accompagnée de recherches qui annoncent que le mari est livré aux soupçons les plus outrageants pour la femme, et dégénérant en une diffamation et une persécution capables de rendre insupportable à celle-ci la société de son époux.

2o. L'indifférence étant un sentiment contraire à celui que les époux doivent avoir l'un pour l'autre, est une espèce d'infraction à l'obligation de s'aimer ; cependant comme le sentiment ne peut se commander, l'indifférence ne peut opérer un recours en justice, que lorsqu'elle a pour principe un oubli total des devoirs du mariage.

Le caractère de l'indifférence est l'inaction ; cette inaction se réfère à la vie, la santé, ou l'honneur de la femme.

Elle se réfère à la vie et à la santé :

1o. Lorsque la femme ne pouvant se procurer le nécessaire, le mari ne le lui fournit pas : ce nécessaire se règle sur l'état et la fortune des époux.

Le mari doit fournir ce nécessaire, quand même la femme ne pourrait, par maladie, infirmité ou incapacité, coopérer aux soins du ménage ; cette situation mettant la femme dans l'impossibilité de se sustenter elle-même, le mari serait obligé d'y subvenir, quand même la femme n'aurait aucuns biens, et il ne pourrait obliger les parens de celle-ci d'y contribuer. Sauvageau, *Recueil des Règlements de Bretagne*, chap. 142, cite un arrêt, qu'il date du mois de Mai 1666, qui l'a jugé ainsi. Dans cette espèce, la femme était tombée en démence, le mari voulait obliger ses parens de contribuer avec lui à l'entretien ; mais on décida que le mariage imposant aux époux l'obligation de s'alimenter respectivement, il ne pouvait forcer personne à partager avec lui une dette que la loi le chargeait seul d'acquitter.

2o. S'il ne secourt pas sa femme lorsqu'elle est en péril, et la laisse battre et outrager, pouvant la garantir.

[ARTICLE 191.]

3o. S'il la laisse en prison pour dette, pouvant l'en retirer, soit à cause de la modicité de la somme, soit parceque sa fortune le met en état de lui rendre la liberté.

4o. S'il la laisse en esclavage, étant en état de la retirer.

5o. Si l'homme abandonne sa femme sans sujet raisonnable : *v. g.* s'il se retire du royaume ; la femme qui est obligée envers sa patrie, avant de l'être envers son mari, n'est pas tenue de le suivre, et ne le doit même pas ; parceque le mariage ne peut porter aucune atteinte à ce qu'elle doit à la société qui l'a nourrie et élevée.

La femme est encore abandonnée lorsque le mari change de demeure et en prend une autre éloignée, sans la lui faire connaître.

Le mari qui abandonne sa femme, enfreint non-seulement l'obligation commune aux deux époux de s'aimer et de vivre en bonne union, mais l'obligation qui lui est particulière, de gouverner la société conjugale et d'apporter au bien et à l'avantage de cette société le secours des dispositions et des facultés qui lui sont propres.

L'indifférence se réfère à l'honneur de la femme.

Si le mari laisse sa femme sous le pois du soupçon, pouvant l'en débarrasser, sans faire aucune démarche pour la justifier.

Troisième manière d'enfreindre l'amour conjugal. La haine. Tant que la haine du mari contre sa femme ne se manifeste pas d'une manière violente, elle doit s'efforcer par sa conduite de le ramener aux sentiments qui lui sont dus; mais si cette haine est telle que ses effets lui rendent la cohabitation insuportable, elle peut réclamer en justice.

La haine attaque la vie de la femme, lorsque le mari a employé ou fait employer quelques moyens pour la faire périr.

Lorsqu'elle attaque la santé, on distingue entre les gens du commun et ceux qui ont reçu une éducation plus soignée; à l'égard des premiers, il faut que les effets de la haine attaquent gravement la santé, ou soient souvent réitérés pour au-

toriser une demande en séparation, à l'égard des seconds, on est moins sévère, parceque l'éducation rend les mauvais traitements plus sensibles que dans les classes inférieures.

La haine attaque la tranquillité de la femme, lorsque par des persécutions, des injures, des procès mal fondés, intentés par le mari à sa femme, il trouble sa tranquillité.

Enfin, elle attaque l'honneur de la femme de trois manières. La première, par des paroles injurieuses et diffamantes, d'autant plus sensibles pour la femme, que la réputation des personnes de son sexe est bien plus fragile que celle de l'homme.

Lorsque la femme administre la preuve d'une pareille diffamation, elle obtient facilement sa séparation; nous en avons un exemple dans Denisart au mot *Séparation*, et qui est détaillé dans les plaidoyers de Mannory, tôme 5. Dans cette espèce, une femme ayant prouvé que son mari avait publié que l'enfant, dont elle était enceinte, n'était pas de lui, qu'elle était une débauchée, on lui accorda la séparation par arrêt du 24 mai 1735.

La seconde manière dont un mari peut diffamer sa femme est de l'accuser non juridiquement, auprès du ministère, et d'obtenir une lettre de cachet contre elle pour la faire enfermer.

S'il est prouvé que le mari a surpris l'autorité, on ne peut refuser la séparation à la femme ; car il ne peut avoir obtenu cette lettre de cachet qu'en l'accusant de désordres graves, et on ne pourrait sans inhumanité forcer une épouse innocente à vivre avec un mari qui aurait employé contre elle une diffamation aussi cruelle.

Enfin la troisième manière dont un mari peut diffamer sa femme est de l'accuser juridiquement de crimes quelconques non-prouvés. Cette accusation rejetée autorise la femme à demander sa séparation.

Quatrième manière d'enfreindre l'amour conjugal. Le mépris.

[ARTICLE 191.]

Lorsque le mépris s'introduit parmi les époux il ne peut manquer de produire bien des maux, puisque l'amour et l'estime qui sont les seuls fondements de la société conjugale en sont exclus.

Le mépris injuste peut se supporter jusqu'à un certain point déterminé par l'étendue de notre sensiblité.

Pour fixer cette étendue, on considère si ce mépris insulte à l'esprit ou au cœur de sa femme; s'il insulte au cœur, il est beaucoup plus grave, parce qu'il annonce que le mari regarde le cœur de sa femme comme vicieux, au lieu que quand il n'insulte qu'à l'esprit, il n'impute que des imperfections. Les défauts de l'esprit sont des imperfections; mais les défauts du cœur sont des vices.

Le mépris se manifeste de mille manières; par des injures, des insultes, des distinctions injurieuses que le mari fait entre sa femme et lui, soit en ne communiquant point avec elle, soit en la nourrissant, la logeant et lui fournissant son entretien d'une manière différente de lui, et qui annonce un mépris.

Une femme que son mari laisserait ou ferait insulter, pourrait aussi se plaindre de mépris et demander la séparation; Pothier, mariage No 510, nous en donne un exemple: "L'espèce, dit-il, se présenta il y a environ une vingtaine d'années, dans une cause en séparation d'habitation, que la femme d'un trésorier de France, avait donnée contre son mari. Le mari n'avait jamais frappé sa femme ni tenté de la frapper; mais dès la première année de leur mariage, et pendant toutes celles qui avaient suivi. il n'avait cessé de lui témoigner le plus grand mépris, dans toutes les occasions, devant les personnes qui fréquentaient la maison, devant les domestiques, et même devant leurs enfants communs que le père excitait à se moquer de leur mère. La preuve de ces faits ayant été faite par l'enquête de la femme, intervint sentence du baillage d'Orléans qui la sépara d'habitation, et cette sentence a

été depuis confirmée par arrêt contradictoire. Un tel mépris inspiré aux enfans communs, est infiniment plus sensible à une femme d'une condition honnête, que ne seraient des coups que son mari lui aurait portés dans quelqu'emportement. "

5o. Le commerce avec une autre femme. *V.* 2 *Pigeau*, p. 209, cité sous l'article 188.

V. aussi 2 *Pigeau*, p. 236 et suiv., cité sous les arts. 189 et 190.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES FORMALITÉS DE LA DEMANDE EN SÉPARATION DE CORPS.

192. La demande en séparation de corps est portée devant le tribunal compétent du district dans lequel les époux ont leur domicile.

CHAPTER SECOND.

OF THE FORMALITIES OF THE ACTION FOR SEPARATION FROM BED AND BOARD.

192. The action for separation from bed and board is brought before the competent court of the district in, which the consorts have their domicile.

* *Pothier*, *Mariage*, *No.* 518. } La femme qui veut obtenir la séparation dh'abitation, doit se pourvoir devant le juge, à qui elle doit donner une requête, dans laquelle elle expose les faits sur lesquels elle se fonde pour l'obtenir ; demander permission d'assigner son mari à cette fin, et cependant demander à être autorisée pendant le cours du procès, à se retirer dans une communauté, ou autre lieu décent qui lui sera indiqué par son mari, sinon par le juge.

Le juge devant qui la femme doit se pourvoir, est le juge séculier du lieu du domicile de son mari. Le juge ecclésiastique est incompétent; il n'a droit de connaître que des causes dans lesquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation,

cette séparation laissant subsister le lien du mariage ; d'ailleurs la demande en séparation d'habitation renferme aussi celle en séparation de biens : or toutes les matières qui concernent les biens, sont matières profanes, dont les juges d'Eglise ne peuvent connaître, sans abus.

Le mari, assigné aux fins de la requête de sa femme, doit lui faire remettre dans le lieu où elle s'est retirée, ses habits et linges dont elle a besoin pour son usage ; et il doit lui payer sa pension pendant le cours du procès ; en cas de refus, le juge doit l'y condamner.

---

* 2 *Pigeau*, *p*. 214. } Lorsque la séparation de corps se poursuit par la voie civile, comme il arrive assez souvent, parce qu'il est rare qu'elle soit demandée pour des faits graves, on se pourvoit devant le juge du mari, attendu que c'est une action personnelle.

---

* *C. N.*, 234. } Quelle que soit la nature des faits ou des délits qui donneront lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, cette demande ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile.

---

193. Cette demande est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, avec cette différence qu'il n'est pas permis aux parties d'en admettre les allégations dont il doit toujours être fait preuve devant le tribunal.

193. This action is brought, tried and decided in the same manner as all other civil actions, with this difference, that the parties cannot admit the allegations, proof of which must always be made before the court.

[ARTICLE 193.]

* *Pothier, Mariage, No.* 519. } La cause étant portée à l'audience, si les faits exposés par la femme ne sont pas trouvés suffisans pour donner lieu à une séparation d'habitation, on donne congé de la demande ; s'ils sont trouvés suffisans, on rend un appointement, par lequel on permet à la femme de faire la preuve par témoins des faits par elle exposés, sauf au mari à faire la preuve contraire.

Dans les affaires ordinaires, lorsque le défendeur convient des faits que le demandeur a allégués pour le fondement de sa demande, les faits sont tenus pour avérés, sans qu'il soit besoin en ce cas que la preuve en soit ordonnée par le juge qui n'a plus d'autre examen à faire, que de voir si les faits, en les regardant comme constants et avérés, sont suffisans pour fonder la demande. Il en est autrement à l'égard de la demande en séparation ; cette séparation ne pouvant se faire que pour de grandes causes, et n'étant pas permis aux parties de se séparer par un mutuel consentement, la collusion qui est à craindre entre la femme et son mari, qui convient des faits par elle allégués, doit empêcher le juge de tenir les faits pour avérés, et il doit en ordonner la preuve, quoique le mari en soit convenu.

---

* 1 *Pigeau, p.* 228. } Trois conditions sont nécessaires pour qu'un aveu fasse preuve.

La première, qu'il ne s'agisse point d'un fait intéressant l'ordre public ; car c'est une maxime que *pactis privatorum juri publico derogari non potest.* C'est pour cela que lorsqu'il s'agit de séparation de corps ou de biens, l'aveu du mari, que les sévices ou la dissipation qu'on lui reproche sont vrais, n'empêchent pas que les juges n'en ordonnent la preuve par titres et par témoins. La raison est que les mariages sont de droit public ; que les séparations y portent toujours atteinte ; et que si l'aveu du mari suffisait, des époux qui voudraient se séparer le pourraient, en articulant par la femme des faits, et en les avouant par le mari.

La seconde condition est que l'aveu ne soit pas erroné; car celui qui est dans l'erreur, n'est pas censé consentir. Pierre avoue devoir à Paul; il retrouve ensuite sa quittance, on ne peut lui opposer son aveu.

La troisième condition est que l'aveu soit fait par une personne capable de disposer de la chose contentieuse. Ainsi celui d'un mineur ne peut lui nuire; celui du tuteur et de l'administrateur ne peut préjudicier à la personne ou l'établissement des intérêts de qui il est chargé.

Tout ce que l'on vient de dire sur les aveux, s'applique au consentement; il faut qu'il ne porte pas atteinte à l'ordre public, qu'il ne soit pas erroné, et qu'il soit fait par une personne capable de disposer de l'objet contentieux.

* *Id.*, 2 *Vol.*, *p.* 226. } L'aveu ou le silence du mari sur les faits de la femme ne suffit pas; autrement les époux pourraient prendre ce détour pour faire une séparation volontaire sous les formes judiciaires.

---

* *C. N.*, 307. } Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile: elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *nos.* 127 *et suiv. p.* 157. } Il était d'usage au Châtelet, quand on admettait la preuve, d'appointer les parties à écrire, produire et contredire, ce qui formait une instance. Nous ne voyons point qu'il y ait aucun inconvénient de suivre cet usage.

(No. 128.)—La seconde partie de cet article, qui porte que la séparation de corps ne pourra jamais s'opérer par le consentement mutuel des parties, n'introduit point un droit nouveau. Elle ne fait que confirmer un point constant de notre jurisprudence française.

La dignité du mariage, le sort des enfans, le scandale que produit le divorce, sont des objets qui intéressent trop essen-

tiellement l'ordre public, pour qu'il soit permis de les abandonner au caprice et à la faiblesse de l'un, ou de l'autre des deux époux. C'est ici le cas d'appliquer la maxime : *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.* Il suit de là que quelques arrangements que les époux aient faits ensemble, dont la suite est qu'ils ont chacun une demeure séparée, l'un ou l'autre peut, quand il veut, s'en écarter. Le mari peut contraindre sa femme à revenir avec lui. Celle-ci peut forcer son mari à la recevoir chez lui.

Il suit encore, du même principe, que les séparations volontaires, et seulement de fait, ne produisent aucun des effets de la séparation légale et judiciaire. La communauté continue, et la femme reste soumise à toute l'étendue de la puissance maritale.

On ne doit pas regarder comme séparation volontaire, celle que le mari laisse juger par forclusion, et à laquelle il acquiesce tacitement. Il faut observer que, dans ce cas, le ministère public est le légitime contradicteur de la femme ; et que le juge, quoique le mari ne se défende pas, ne doit admettre la séparation qu'autant que la preuve des faits est complète.

---

194. La femme doit demander par requête libellée adressée au juge du tribunal, à être autorisée à ester en jugement et à se retirer pendant le procès dans un lieu qu'elle indique.

194. The wife must apply, by a petition setting forth her reasons and addressed to the judge, to be authorized to sue, and to be allowed to withdraw pending the suit to a place which she indicates.

V. Pothier, *Mariage*, *No.* 518, cité sous l'article 192, *p.* 255.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 216.—Si la femme a emporté des hardes et des effets pour son usage, elle doit les déclarer et les désigner, et

se soumettre à les rapporter, s'il l'est ordonné ; lorsqu'elle n'en a pas, elle demande permission par la même requête, d'assigner son mari, en l'hôtel du juge, au premier jour, pour voir dire, que, par provision, il sera tenu de lui remettre les effets qu'elle désigne.

Si elle a reçue des blessures ou des contusions, elle demande permission de se faire visiter par un chirurgien, qui les constatera.

Lorsqu'elle a fait des avantages à son mari, soit par son contrat de mariage, soit depuis, dans les coutumes qui permettent d'en faire pendant le mariage, elle demande qu'attendu son ingratitude, ils soient renvoyés et annullés.

Si ses biens ne suffisent pas pour son entretien et sa subsistance, elle demande que son mari soit condamné à lui faire une pension proportionnée à son état et à sa fortune ; parce que le mari, qui aurait été obligé de nourrir sa femme et de l'entretenir si elle eût resté avec lui, ne peut se décharger de cet engagement en la forçant à se séparer.

La femme demande ordinairement qu'il lui soit permis de rester chez ses père et mère ; mais lorsqu'elle n'en a pas, ou qu'elle ne veut pas s'y retirer par des motifs raisonnables, elle indique un parent, et le plus souvent un couvent, à moins qu'elle ne soit enceinte : auquel cas elle demande à se retirer chez une personne qu'elle indique ou une sage femme.

---

195. Si les griefs allégués sont trouvés suffisans, le juge, en accordant à la femme l'autorisation d'ester en jugement, lui permet de laisser son mari et de résider ailleurs pendant le cours du procès.

195. If the alleged wrongs be found sufficient, the judge, in according to the wife the authorization to sue, allows her to leave her husband and to reside elsewhere during the suit.

V. Pothier, cité sous l'article 192, *p.* 255.

* 2 *Pigeau*, 218. } Le juge statue en cette forme:
" Sur quoi, nous avons donné acte aux parties de leur comparution, dire, réquisition et dénégation ; au principal avons les parties renvoyées à l'audience, et cependant par provision, autorisons la dite dame Paul à demeurer chez ses père et mère pendant la poursuite de sa demande et condamnons le dit sieur Paul à lui payer et avancer une provision de 300 liv. Ce qui sera exécuté," etc.

---

* *C. N.*, 268. } La femme demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra quitter le domicile du mari, pendant la poursuite, demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

---

196. L'action en séparation de corps est éteinte par la réconciliation des époux survenue soit depuis les faits qui ont pu autoriser cette action, soit depuis la demande en séparation.

196. The action for separation from bed and board is extinguished by a reconciliation of the parties taking place either since the facts which gave rise to the action, or after the action brought.

---

* *Pothier*, *mariage.*, *No.* 520. } Lorsqu'il a éclaté un commencement de rupture entre un mari et une femme, qui a été suivi d'une réconciliation, les faits de mauvais traitements qui ont précédé ce commencement de rupture, sont couverts par la réconciliation, qui rend la femme non-recevable à s'en plaindre : c'est pourquoi la femme ne doit pas, par la suite, être écoutée dans une demande en sépara-

tion, si ce n'est pour des faits nouveaux qui se soient passés depuis la réconciliation.

A plus forte raison, lorsque la femme a donné une première demande en séparation d'habitation, dont son mari a obtenu le congé, elle ne peut être recevable à en donner une nouvelle, si ce n'est pour de nouveaux faits qui se soient passés depuis la sentence; autrement le mari peut lui opposer l'exception *rei judicatæ.*

---

* 2 *Pigeau p.* 219. } La réconciliation est une fin de non-recevoir contre la demande en séparation; elle éteint les faits dont se plaint la femme, qui ne pourrait venir ensuite les présenter à la justice, sans faire présumer la fausseté de ces mêmes faits.

Cependant, comme la femme qui a sujet de se plaindre de son mari, ne remet les faits que sous la condition qu'il les effacera par une meilleure conduite, s'il manque à cette condition tacite, en retombant dans les excès qu'on lui a pardonnés, la femme rentre dans tous ses droits, et peut par conséquent, en articulant ces nouveaux excès, rappeler et faire revivre les anciens, si elle le juge nécessaire pour corroborer les nouveaux, et en induire une continuité de mauvais procédés suffisans pour lui rendre insupportable la nécessité de vivre avec son mari.

---

* *C. N.*, 272. } L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux, survenue, soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce.

---

197. Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action.

Il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande.

197. In either case the action is dismissed.

The plaintiff may nevertheless bring another, for any cause which has happened since the reconciliation, and may in such case make use of the previous causes in support of the new action.

---

* *V. Pothier* et *Pigeau*, cités sous l'article précédent.

---

* *C. N.*, 273. } Dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera déclaré non recevable dans son action ; il pourra néanmoins en résulter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande.

---

198. Si l'action est renvoyée, le mari est tenu de reprendre sa femme et la femme de retourner chez son mari, sous tel délai qui est jugé par la sentence.

198. If the action be dismissed the husband is obliged to take back his wife, and the wife is obliged to return to her husband, within such delay as the court by its judgment determines.

---

* *Pothier*, *mariage*, *No.* 521. } Lorsque la femme a été reçue à la preuve des faits par elle allégués pour fonder sa demande en séparation, et qu'elle a fait en conséquence son enquête, le Juge, sur cette enquête, et sur celle du mari, s'il en a fait aussi une, rend son juge-

ment; et s'il trouve les faits suffisamment justifiés, il prononce par ce jugement la séparation d'habitation demandée par la femme. Si, au contraire, les faits ne sont pas justifiés, il donne congé de la demande de la femme, et la condamne à retourner avec son mari. Quelquefois il lui accorde un court délai, comme de six mois, pour y retourner, afin que le ressentiment que le mari peut avoir de la demande donnée contre lui par sa femme, puisse se calmer pendant ce délai, pendant lequel la femme doit rester au couvent. Nous trouvons ce tempéramment adopté par un arrêt du 4 mai 1695, rapporté au 5e tome du journal des audiences.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 232. } Si l'enquête du mari ou de la femme prouve des fins de non-recevoir (comme une réconciliation, ou que la femme a donné lieu aux faits dont elle se plaint), ou si les faits et les preuves ne sont pas suffisants, on ordonne le retour de la femme avec son mari.

---

* 4 *Pandectes frs.*, *p.* 77. } Si la preuve des faits articulés, n'est pas jugée suffisante, le demandeur doit être débouté de sa demande avec dépens; et le jugement, en ce cas, doit ordonner que les époux seront tenus de rétablir la co-habitation conjugale. Si la femme a quitté la maison de son mari, le tribunal ordonne qu'elle y rentrera, et que le mari sera tenu de la recevoir.

---

199. Lorsque la demande a été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'ils soient bien établis, le tribunal peut ne pas

199. When the action is brought for outrage, ill-usage, or grievous insult, although the same be well established, the court may refuse to grant

admettre de suite la séparation, mais suspendre son jugement jusqu'à un jour ultérieur qu'il indique, afin de laisser aux époux le temps de s'entendre et de se réconcilier.

the separation forthwith, and may suspend its judgment until a further day, which it appoints in order to afford the parties sufficient time to come to an understanding and reconciliation.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 231. } L'affaire étant discutée devant les juges, s'ils ne la trouvent pas entièrement éclaircie, ils peuvent ordonner la comparution des parties en personne.

S'ils trouvent l'affaire en état ils peuvent décider ; mais comme cette décision ne peut manquer de faire naître la haine dans le cœur de l'un des époux, dans celui de la femme si elle succombe, et dans celui du mari si elle réussit, il est à propos qu'avant de prononcer, les juges prennent toutes les voies imaginables pour engager les parties à se rapprocher, ou leur faciliter le temps et les moyens d'y parvenir ; comme en les renvoyant devant des arbitres, parents ou autres, pour les concilier, ou en ordonnant qu'il sera sursis à faire droit pendant un temps, afin de voir si, par la cessation des procédures et l'éloignement l'un de l'autre, les deux époux ne pourraient pas oublier leur mésintelligence. Les Juges peuvent encore, en faisant comparaître les parties, leur faire les interpellations nécessaires pour voir s'il n'y aurait pas moyen de les réunir. (Arrêt du 1er fév. 1716 rapporté au 6e Vol. du Journal des Audiences.)

---

* 2 *Duranton*, *No* 610, *p.* 567. } Mais les arts. 259 et 260, qui autorisaient les juges à ne pas admettre immédiatement la demande en divorce formée pour excès, sévices ou injures graves, encore qu'elle fût bien établie, et qui leur donnait

la faculté d'en suspendre pendant un an la prononciation, sont-ils applicables à la séparation de corps?

Il n'y a pas du tout parité de motifs : le divorce ne permettait plus aux époux de se réunir (art. 295), et une mesure qui pouvait le prévenir a dû être adoptée avec faveur. Mais la séparation de corps n'est point un obstacle à la réunion volontaire des époux;... Cependant il faut convenir que, dans l'ancienne jurisprudence, lorsque la séparation était demandée par la femme, les tribunaux en suspendaient quelquefois la prononciation pendant un temps plus ou moins long suivant les circonstances. Mais comme la loi nouvelle ne leur accorde pas cette faculté, qu'elle dit au contraire que les demandes en séparation de corps seront instruites et jugées comme les autres affaires civiles, nous croyons qu'ils doivent accueillir ou rejeter la demande, et que s'ils reconnaissent que les faits sont admissibles et concluants, et que néanmoins ils supercèdent à prononcer la séparation, il y a de leur part excès de pouvoir susceptible, selon nous, d'être réprimé par la Cour Suprême et surtout d'être réformé par les Cours d'Appel comme un *mal jugé.*

---

* *C. N.*, 259. } Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge pas à propos; et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

[ARTICLE 200.]

CHAPITRE TROISIÈME.

DES MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES PEUT DONNER LIEU LA DEMANDE EN SÉPARATION DE CORPS.

200. L'administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants.

CHAPTER THIRD.

OF THE PROVISIONAL MEASURES TO WHICH THE ACTION FOR SEPARATION FROM BED AND BOARD MAY GIVE RISE.

200. The provisional care of the children remains with the father, whether plaintiff or defendant, unless the court or judge orders otherwise for the greater advantage of the children.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *No.* 66, *p.* 90. } La demande en divorce ne fait pas perdre au mari la puissance, et l'autorité qu'il a sur les enfants. Ainsi, il est de règle générale qu'il en doit conserver la surveillance, et l'administration.

Cette règle, conforme aux principes du droit, ne peut recevoir d'exceptions, que quand elles sont nécessitées par des causes graves.

Il peut y en avoir plusieurs. Les principales sont le dérèglement des mœurs du mari ; et sa mauvaise conduite, quant à l'administration, comme s'il laisse manquer les enfants du nécessaire.

Sa brutalité, à leur égard, peut aussi être un motif de soustraire ses enfants à son administration, quand cette brutalité est portée au point de les exposer.

No. 67.—Le mari peut résister aux demandes formées contre lui sur cet objet. Cela fait alors la matière d'une contestation préliminaire sur laquelle le tribunal doit statuer, d'après les circonstances, et suivant que les faits reprochés au père sont plus ou moins justifiés.

En général, la faveur doit être pour lui, parce qu'il a le droit de son côté. Souvent la tentative de lui ôter ses enfants n'est qu'une vexation qui n'a d'autre fondement que la haine, et l'envie de le chagriner.

---

* *Massol, Séparation, p.* 151 *et suiv.* } Le jugement de séparation de corps ne détruit pas la puissance paternelle, à plus forte raison la simple demande en séparation ne produira pas ce résultat ; aussi, la procédure une fois commencée les enfants resteront livrés au mari, puisque durant le mariage il exerce la puissance paternelle et que la mère ne la partage point. (C. N. 373.)

C'est avec raison que les rédacteurs du Code ont statué, en règle générale, que pendant l'instance en divorce l'administration des enfants appartiendrait au mari, et, comme ce principe n'avait pas été posé dans le projet de loi, ils crurent devoir l'y placer ensuite. Au reste, on est généralement d'avis que l'art. 267 s'applique à la séparation de corps. Le tribunal aura donc la faculté d'enlever au père l'administration des enfants durant la procédure en séparation de corps.

Que l'on fasse bien attention que c'est le tribunal qui est chargé de prononcer à cet égard ; dans le projet de loi on avait employé le mot juge, on fit observer que ce terme prêtait à l'équivoque, et dans la rédaction définitive, il fut remplacé par le mot tribunal.

Par cela que le mari est investi de la puissance paternelle, il a le droit de retenir les enfants, à moins que le tribunal ne prenne une autre détermination. S'ils n'étaient pas confiés au père, ce serait un antécédent peu honorable pour lui et qui pourrait jusqu'à un certain point influer sur le jugement de séparation de corps. D'après toutes ces considérations le président n'aurait pas seul le droit de choisir la personne qui sera chargée de cette surveillance.

[ARTICLE 200.]

Il résulte des termes de l'article que nous analysons que, le tribunal ne pourrait d'office priver provisoirement le mari de l'administration des enfants ; l'initiative doit être prise par la mère, la famille ou le ministère public. Cette expression *famille* dénote qu'il ne suffirait pas qu'un seul parent intervînt pour soutenir que les enfants ne doivent pas demeurer avec le père. (Le mot *famille* indique la collection de plusieurs personnes unies par les liens du sang.) Puisque la mère garde le silence, il ne faut pas qu'un membre de la famille qui serait turbulent, vienne compliquer encore la demande en séparation de corps, élever une nouvelle difficulté, augmenter le mécontentement du mari ; il sera nécessaire qu'une délibération ait été prise par les plus proches parents.

---

* 4 *Locré*, *Esprit du Code*, *pp*. 332-333. } L'autre question portait sur le fond du système.

On demanda " s'il convenait de laisser le soin des enfants entièrement à l'arbitrage du juge, ou s'il ne serait pas préférable d'établir à cet égard, quelques règles. Il faudrait du moins donner aux tribunaux une instruction qui les mît en état de décider suivant les circonstances. La position en effet, n'est pas la même lorsque le divorce est demandé par le mari, que lorsqu'il est demandé par la femme ; lorsque les enfants sont mâles, que lorsque ce sont des filles."

Le rapporteur expliqua les motifs du projet, il dit que " la section avait fait d'abord les distinctions qu'on réclamait, mais que, comme c'est une doctrine reçue, que le juge doit avoir égard aux circonstances, et que l'intérêt des enfants est le principe décisif de cette matière, la section a cru les détails inutiles."

Le système de la section fut adopté.

Depuis, on a considéré que la seule demande en divorce ne suspend pas les effets du mariage; qu'elle laisse donc au mari tous ses droits, et, par conséquent, celui de gouverner

les enfants : en conséquence, on a établi, en règle générale, que l'administration provisoire continuerait de lui appartenir, soit qu'il fût demandeur, soit qu'il fût défendeur. Ce principe est parfaitement exprimé par le mot *restera* que l'article emploie.

Mais, comme l'autorité du père sur les enfants n'existe que pour l'avantage de ces derniers, on a permis au juge de faire une exception à la règle générale, lorsque, par l'effet des circonstances, il reconnaîtrait qu'on ne peut l'appliquer sans la diriger contre son but, c'est-à-dire, sans blesser l'intérêt des enfants en faveur desquels elle est établie.

---

* *C. N.*, 267. } L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande, soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants.

---

201. La femme poursuivie en séparation peut quitter le domicile de son mari et résider pendant le procès dans le lieu qui est indiqué ou approuvé par le tribunal ou le juge.

201. A wife sued in separation may leave her husband's domicile, and reside during the suit in a place indicated or approved of by the court or judge.

---

* V. les autorités citées sous les arts. 192, 193, 194.

---

202. Soit qu'elle soit poursuivie ou qu'elle poursuive, la femme peut demander une pension alimentaire proportionnée à

202. Whether the wife is plaintiff or defendant, she may demand an alimentary pension, in proportion to her wants and

ses besoins et aux moyens de son mari ; le montant en est fixé par le tribunal qui ordonne aussi au mari, s'il y a lieu, de faire remettre à la femme, dans l'endroit où elle s'est retirée les hardes et linges dont elle a besoin.

the means of her husband ; the amount is fixed by the court, which also orders the husband, if necessary to deliver to the wife at the place to which she has withdrawn, the clothing she may require.

---

* V. les autoritées citées sous les arts. 192, 193, 194, 195.

---

* *C. N.*, 268. } La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari.

Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

---

* 2 *Duranton*, *No.* 595, *p.* 556. } Ces demandes sont formées par la femme, soit pour avoir une provision alimentaire, soit pour obtenir une somme afin de pouvoir suivre l'instance, et dans beaucoup de cas, pour l'un et l'autre objet. Mais il faut, pour que la femme soit fondée dans sa demande en provision, qu'elle n'ait pas de capitaux ou de revenus à sa disposition; comme lorsqu'elle est mariée en communauté, ou sous le régime exclusif de communauté ; car, si elle était séparée de biens, et qu'elle eût de quoi se suffire, ou que mariée sous le régime dotal, elle eût des paraphernaux, sa demande sera rejetée ou devrait l'être.

* *Id. p.* 568, *No.* 612. } Indépendamment de la retraite de la femme dans une maison convenue ou indiquée

d'office, dont nous avons précédemment parlé, ainsi que de la remise des linges et hardes à son usage, il peut y avoir lieu à prendre diverses mesures provisoires, soit dans son intérêt, soit dans celui des enfans.

La femme qui n'a pas de revenus particuliers pour subsister ou pour suivre le procès, peut former une demande en provision, laquelle est portée à l'audience. (C. de P. C. art. 878.)

---

* *C. P. C. art.* 878. } Le président fera aux deux époux les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement; s'il ne peut y parvenir, il rendra, ensuite de la première ordonnance, une seconde portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable, au bureau de conciliation; il autorisera par la même ordonnance la femme à procéder sur la demande, et à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office: il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Les demandes en provision seront portées à l'audience.

---

203. [Si la femme laisse le lieu qui lui a été assigné sans la permission du tribunal ou du juge, le mari peut se faire libérer de la pension alimentaire; il peut même obtenir le renvoi sauf à se pourvoir de l'action portée contre lui, si la femme refuse de se conformer à l'ordre qui lui est donné de retourner au lieu qu'elle a ainsi quitté, sous le délai qui lui est imparti.]

203. [If the wife leave the place of residence assigned to her without the permission of the court or judge, the husband may claim to be liberated from the payment of the alimentary pension; he may even have her action dismissed, saving her recourse, should she refuse to obey the order given her to return within a given delay to the place she has thus quitted.]

* 2 *Duranton, No.* 578, *pp.* 538–539. } Suivant l'article 219, la femme, dans le cas de demande en divorce, est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en est requise : à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire ; et si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non-recevable à continuer ses poursuites.

Cette fin de non-recevoir dans la continuation des poursuites de la femme, n'a point été admise par la jurisprudence en matière de séparation de corps parce que la loi ne l'y a point consacrée. On peut dire aussi que le divorce rompant le lien conjugal, tout ce qui avait paru pouvoir l'entraver avait été accueilli par le législateur ; raison moins puissante à l'égard de la séparation, dont l'effet n'est pas irréparable.

---

* *C. N.*, 269. } La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise : à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non-recevable à continuer ses poursuites.

---

204. La femme commune en biens, poursuivante ou poursuivie en séparation de corps, peut, à compter de l'ordonnance dont il est question aux articles 195 et 201, obtenir du tribunal ou du juge permission de faire saisir-gager les effets mobiliers de la communauté, pour la conservation de la part

204. A wife who is in community as to property, whether plaintiff or defendant in an action for separation from bed and board, may, from the date of the order mentioned in articles 195 and 201, obtain permission from the court or judge, to cause the moveable effects of such community to be attached

qu'elle aura droit d'y prétendre au cas de partage; par suite de quoi le mari est tenu, lorsqu'il en est requis, de représenter les choses ainsi saisies ou leur valeur, comme gardien judiciaire.	for the preservation of the share which she will have a right to claim when the partition takes place; in consequence of which, her husband is bound as judicial guardian, to represent the things seized or their value when required.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 704. } La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, peut, en tout état de cause, à partir de la première ordonnance qui permet d'appeler l'époux défendeur en conciliation, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne peuvent être levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge, par le mari, de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur, comme gardien judiciaire.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 184. } Mais lorsqu'elle (la séparation de corps) se poursuit contre le gré du mari, on requiert assez souvent permission de saisir-gager, et si le mari en demande mainlevée, on considère les circonstances; si elles font présumer que la demande en séparation est hasardée, ou qu'en la supposant bien fondée, la fortune du mari soit suffisante pour répondre des reprises de la femme, on accorde cette mainlevée : *secùs*, dans le cas contraire.

Lorsqu'on obtient permission de saisir-gager, on ne fait pas faire de commandement au mari avant la saisie, parce que les reprises de la femme n'étant exigibles que lorsque la condamnation en est prononcée, et les époux ne pouvant

se séparer volontairement, le mari ne peut jusque-là rendre valablement à sa femme ses reprises, et que celle-ci ne peut par conséquent les exiger.

---

* *C. N.*, 270. } La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'art. 238, requérir pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur, comme gardien judiciaire.

---

* 1 *Malleville, Discussion du C. C., p.* 250. } On s'opposa d'abord à cet article, par le motif que le scellé pourrait nuire au crédit du mari; mais d'autres observèrent qu'il pourrait le faire lever de suite en faisant inventaire.

L'article ne donne la faculté d'apposer la scellé qu'à la femme commune, et en exclut par conséquent celle qui ne l'est pas.

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 94. } [No. 69.] On voit qu'il n'y a que la femme commune en biens, qui puisse demander cette apposition de scellés. Celle non commune ne le peut pas. La raison s'en présente d'elle-même : c'est que, n'ayant point de partage à exiger, elle n'a point de droits à conserver.

La femme commune ne peut requérir l'apposition des scellés, qu'après l'ordonnance du juge, qui assigne les parties à comparaître devant lui. Elle peut faire comprendre l'apposition de scellés, dans cette ordonnance. Elle peut y faire procéder en tout état de cause; soit avant, soit après le jugement qui admet le divorce; soit pendant que la cause est

encore pendante au tribunal de première instance; soit lorsqu'elle est portée au tribunal d'appel.

[71.] Le mari a le droit de provoquer, quand il le veut, la levée des scellés, en offrant de faire inventaire, et de se charger des effets inventoriés. Cet inventaire se fait en la manière accoutumée ; et chaque partie peut y faire tels dires et observations qu'elle juge à propos. S'il s'élève quelques contestations, il doit en être référé au tribunal.

Le mari n'est point obligé de donner caution. Il reste en possession de tous les effets inventoriés; et il en répond, comme dépositaire judiciaire, c'est-à-dire par corps. Il n'est pas néanmoins tenu de représenter les effets en nature: il peut les aliéner ; et, dans ce cas, il est tenu d'en remplacer la valeur, suivant la prisée de l'inventaire. C'est une suite de la disposition de cet article, qui prescrit l'inventaire avec prisée, et qui, en employant ensuite le mot *valeur*, le rapporte nécessairement à cette prisée ; autrement, il y aurait des contestations interminables sur la fixation de cette valeur.

---

205. Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention aux articles 195 et 201, est déclarée nulle, s'il est prouvé qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

205. All obligations contracted by a husband, affecting the community, and all alienation made by him of the immoveable property of such community, subsequent to the rendering of the order mentioned in articles 195 and 201, are declared null, if it be established that such obligations or alienations were contracted or made in fraud of the rights of his wife.

[ARTICLE 205.]

* *C N.*, 271. } Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement, à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

---

* 4 *Pandectes frs.*, *p.* 96. } [No 73] La demande en divorce ne fait point cesser la communauté. Elle ne prive point, en conséquence, le mari de la propriété des objets qui la composent, ni du droit qu'il a d'en disposer. Ce n'est que lorsqu'il y a eu intention de blesser les droits de la femme, que les actes qu'il a faits peuvent être annulés.

Ainsi, ces actes ne sont pas nuls, par cela seul qu'ils sont postérieurs à la demande en divorce. Il faut que la femme prouve qu'il y a fraude. Il ne suffirait pas qu'ils lui fussent préjudiciables. Il faut qu'ils soient accompagnés de mauvaise foi.

Remarquez que la nullité est purement relative à la femme. Ce n'est qu'à son égard qu'elle doit être prononcée. Les tiers qui ont traité avec le mari, ne peuvent être inquiétés, tant que celui-ci offre une responsabilité suffisante.

---

* 2 *Toullier*, *No* 705. } Mais cette nullité n'étant que dans l'intérêt de la femme, les acquéreurs ne pourraient être inquiétés si le mari était solvable, ou s'ils étaient dans la bonne foi, comme s'ils avaient contracté avant que la demande en divorce leur fût connue.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.

206. La séparation de corps pour quelque cause que ce soit, ne rompt pas le lien du mariage, et ainsi aucun des deux époux ne peut en contracter un nouveau du vivant de l'autre.

CHAPTER FOURTH.

OF THE EFFECTS OF SEPARATION FROM BED AND BOARD.

206. Separation from bed and board, from whatever cause it arises, does not dissolve the marriage tie; neither husband nor wife, therefore, can contract a new marriage while both are living.

---

* *Pothier, Mariage, No* 523. } Au reste la séparation d'habitation ne rompt pas le lien du mariage : elle donne seulement atteinte aux effets qu'il produit, le mari conserve même encore après la séparation d'habitation, quelque reste de la puissance maritale, la femme séparée ayant besoin, pour les actes qui tenderaient à l'aliénation de ses immeubles, de l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, de celle du juge, qui en est représentative ; la séparation ne dispensant la femme de l'autorisation, que pour les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens.

---

207. Cette séparation délie le mari de l'obligation de recevoir sa femme, et la femme de celle de vivre avec son mari ; elle donne à la femme le droit de s'établir, où elle veut, un domicile autre que celui de son mari.

207. The separation relieves the husband from the obligation of receiving his wife, and the wife from that of living with her husband ; it gives the wife the right of choosing for herself a domicile other than that of her husband.

[ARTICLE 207.]

* *Pothier, mariage, No.* 522. } Lorsque la séparation d'habitation a été prononcée par un jugement dont il n'y a pas d'appel, ou lorsque sur l'appel, le jugement de séparation a été confirmé, l'effet de cette séparation est que la femme est par là déchargée de l'obligation qu'elle avait contractée par le mariage, de demeurer avec son mari, et de lui rendre le devoir conjugal ; elle a le droit en conséquence, de s'établir, où elle voudra, un autre domicile que celui de son mari.

La séparation d'habitation emporte avec elle celle des biens ; elle fait perdre au mari le droit qu'il avait sur les biens de sa femme, qui peut en conséquence le poursuivre pour la restitution de sa dot.

Lorsqu'il y avait communauté de biens, la séparation d'habitation en opère la dissolution : la femme peut en conséquence poursuivre son mari pour faire un inventaire des biens de la communauté ; elle a le choix de l'accepter ou d'y renoncer ; et en cas d'acceptation, elle a le droit d'en poursuivre le partage.

---

* 1 *Bouhier, Obs. sur Cout. de Bourgogne, ch.* 22, *No.* 201, *p.* 650. } A l'égard de la femme séparée d'habitation d'avec son mari, M. le premier Président de Lamoignon voulait, qu'en quelque lieu qu'elle demeurât, elle fut répétée avoir son domicile au lieu où était celui de son mari, lors de la demande en séparation ; mais je ne vois pas sur quoi cela peut être fondé. Cette espèce de séparation donne à la femme la liberté d'aller habiter où il lui plaît : elle a donc droit de se choisir un nouveau domicile. Ainsi, cela dépend de sa volonté, de laquelle on juge, à cet égard, comme de celle de toute autre personne.

---

* 2 *Toullier, No.* 773. } La séparation dispense les époux du devoir de la cohabitation, et donne à la femme le droit d'avoir un domicile particulier.

[ARTICLE 207.]

Dès qu'il n'y a plus d'habitation commune, la collaboration cesse. La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens.

---

* 1 *Proudhon*, *Valette*, *Traité sur l'Etat des pers.*, *ch.* 19, § 3, *p.* 244. } La femme, même séparée de biens, n'a d'autre domicile que celui du mari ; mais la femme, après le divorce ou la séparation de corps, comme le mineur après son émancipation, acquièrent un domicile propre.

---

* *Massol*, *p.* 198. } La capacité de la femme séparée de corps a beaucoup de ressemblance avec celle du mineur émancipé, et celui-ci ayant la facilité de se constituer un domicile, nous ne voyons pas pourquoi l'on déciderait autrement à l'égard de la femme. Si la personne qui a besoin d'un protecteur doit avoir nécessairement le même domicile que ce dernier, comment se dispenser de l'application de cette règle quand il s'agit du mineur émancipé ? Peu importe que, dans certains cas extraordinaires, il ne soit pas élu de curateur ou que la nomination soit retardée ; cette prétendue difficulté se présente également par rapport au tuteur, et cependant on déclare en principe que son domicile est celui du mineur. Il serait même plus rationnel d'attribuer au mineur émancipé le domicile de son curateur, que d'astreindre la femme à confondre son domicile avec celui de son époux ; elle craindra en effet de se rendre auprès de ce dernier, tandis qu'au contraire le mineur émancipé n'appréhendera pas de se trouver en contact avec son curateur.

En outre, on ne peut dire que la séparation de corps fut regardée comme définitive dans l'ancien droit, et qu'elle n'a qu'un caractère provisoire sous notre législation. Les rédacteurs du code civil n'ont exprimé nulle part cette différence ; en ne décrétant que certaines dispositions bien restreintes, ils étaient sans doute pénétrés de cette idée que l'ancienne ju-

risprudence serait consultée et que l'on ne répudierait pas ses traditions......... De là nous concluons que la femme séparée de corps ayant eu anciennement le pouvoir d'établir son domicile suivant sa volonté, le code civil n'a pas entendu lui enlever cet avantage.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *pp.* 162-163. } Le principal (effet) de la séparation de corps est d'autoriser la femme à demeurer séparée de son mari, et à se constituer un domicile distinct, partout où il lui plaît de l'établir. La femme non séparée, quelque part qu'elle réside, n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Celle qui a obtenu la séparation de corps, a un domicile propre. Le mari ne peut pas même la gêner dans son choix (arrêt du 21 Novembre 1765, rendu par la Cour souveraine de Nancy.)

Si cependant, la femme, quoique séparée de corps, menait une conduite licentieuse, nous pensons que le mari pourrait demander qu'il lui fût indiqué une maison où elle serait tenue de demeurer. Cela ne faisait aucune difficulté autrefois. Nous ne croyons pas qu'il puisse y en avoir plus aujourd'hui, puisque les raisons sont les mêmes ; et que la séparation ne fait perdre au mari, ni sa qualité, ni son droit de surveillance. Nous croyons même que, le cas arrivant, il pourrait donner la demande pour cause d'adultère.

---

208. **La** séparation de corps emporte celle de biens ; elle fait perdre au mari les droits qu'il avait sur les biens de la femme et donne à celle-ci le droit

208. Separation from bed and board carries with it separation of property ; it deprives the husband of the rights which he had over the property of his wife, and gives to the wife

de se faire restituer sa dot et ses apports.

A moins que par la sentence ils ne soient déclarés forfaits, ce qui n'a lieu qu'au cas d'adultère, la séparation donne aussi à la femme le droit d'exiger les dons et avantages qui lui ont été faits par le contrat de mariage, sauf les gains de survie, auxquels elle ne donne pas ouverture, à moins que le contraire n'ait été spécialement stipulé.

the right to obtain restitution of her dowry, and of the property that she brought in marriage.

Unless by the judgment they are declared forfeited, which only takes place in the case of adultery, the separation also gives the wife the right to claim the benefit of all the gifts and advantages conferred on her by the marriage contract; saving the rights of survivorship, to which such separation does not give rise, unless the contrary has been specially stipulated.

---

* *Pothier*, *mariage*, *No.* 522, cité sous l'art. 207.

---

* 4 *Pandectes*, *Frs.*, *pp.* 163-164. } Quoique la séparation de corps opère, de droit, celle de biens, la femme n'est point obligée, comme dans le cas où elle ne demande que la séparation de biens, de renoncer à la communauté. Elle peut l'accepter; et alors, le partage s'en fait dans la forme ordinaire. (Basnage, Cout. de Norm. art. 368 et 391.)

Au reste, cette séparation n'affranchit point la femme de la puissance de son mari. Elle la rend seulement capable d'administrer ses biens; et, par conséquent, de tous les actes qui ne concernent que cette administration.

Mais, pour tous les autres, elle a besoin de l'autorisation de son mari. Elle en a également besoin pour ester en juge-

ment, à moins qu'il ne s'agisse que d'administration; mais il est toujours plus régulier, et plus prudent, de faire assigner le mari. (Lebrun, liv. 2, ch. 1, *Communauté*).

La femme séparée de corps et d'habitation, ne perd point son douaire; mais ce droit ne s'ouvre que dans le cas ordinaire; c'est-à-dire, par le prédécès du mari. A l'égard du préciput, s'il n'est pas dit, au contrat de mariage, que la femme le conservera, même en renonçant à la communauté, elle le perd, en y renonçant, parce qu'il n'y a point de préciput, où il n'y a pas de communauté. Dans tous les cas il ne s'ouvre que par le prédécès du mari.

Le mari, séparé de corps et de biens, est tenu de restituer à la femme, la dot qu'il en a reçue. Si elle consiste en immeubles, il est obligé d'en abandonner la jouissance à sa femme.

S'il a reçu des deniers comptans, il n'est pas tenu de les rendre en nature. Il doit en faire le placement, pour en abandonner le revenu seulement. Le mari doit les intérêts de la dot, à compter du jour de la demande en séparation. (Renusson, Comm. no. 24 et suiv).

---

* *C. N.*, 311. } La séparation de corps emportera toujours séparation de biens.

Lahaie, sur art. 311, *p.* 87. } *Duranton, t.* 2, *no.* 622.—La dissolution de la communauté remonte au jour de la demande attendu que le jugement a un effet rétroactif. C'est comme si la demande eut été vérifiée et jugée le jour où elle a été formée. D'après cela, les successions mobilières échues à l'un ou à l'autre des époux lui seront propres.

Boileux.—Elle laisse néanmoins subsister entre les époux les devoirs qui leur sont imposés par les arts. 212 et 213; et le mari demeure soumis à la présomption légale de paternité, sauf, s'il y a lieu, l'action en désaveu.

[ARTICLES 208 ET 209.]

* *C. N.*, 1452. } La dissolution de communauté opérée par le divorce ou par la séparation de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme; mais celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle ou civile de son mari.

Pothier, mariage, *No.* 527. } La peine qui est en usage dans notre droit contre la femme convaincue d'adultère, et que nous avons tirée de la Novelle de Justinien, est la réclusion dans un monastère, où son mari peut la voir et visiter... On la déclare en outre, déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales.

---

209. Lorsqu'il y a communauté de biens, la séparation en opère la dissolution, impose au mari l'obligation de faire inventaire des biens qui la composent et donne à la femme, au cas d'acceptation, le droit d'en poursuivre le partage, à moins que par la sentence elle n'ait été déclarée déchue de ce droit.

209. When community of property exists, the separation operates its dissolution, imposes on the husband the obligation of making an inventory, and gives to the wife, in case of acceptance, the right to demand the partition of the property, unless by the judgment she has been declared to have forfeited this right.

V. Les autorités citées sous les arts. 207, 208.

---

210. Cette séparation rend la femme capable d'ester en jugement et de contracter seule pour tout ce qui regarde l'administration de ses biens; mais pour les actes et poursuites tendant à l'aliénation de ses immeubles, elle a besoin de l'autorisation [du juge].

210. The separation renders the wife capable of suing and being sued, and of contracting alone, for all that relates to the administration of her property; but for all acts and suits tending to alienate her immoveable property, she requires the authorization [of a judge].

V. Les autorités citées sous les arts. 207, 208.

---

211. Pour quelque cause que la séparation ait lieu, l'époux contre lequel elle est admise perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits.

211. For whatever cause the separation takes place, the party against whom it has been declared, loses all the advantages granted by the other party.

---

*2 *Pigeau*, *pp.* 233-234. } Si la femme a fait des avantages à son mari, et qu'elle en ait demandé la révocation, on la prononce.

Lorsque les avantages sont mutuels, il y a plus de difficultés; il y en a qui pensent qu'il ne peut y avoir lieu à révocation, d'autres qui décident qu'elle doit être accordée.

Les premiers se fondent sur ce que l'avantage mutuel n'est pas à proprement parler, un bienfait, mais un contrat intéressé *do ut des:* que la femme n'ayant donné à son mari, que pour que celui-ci de son côté lui donnât, on ne peut le

ranger dans la classe des contrats de bienfaisance; la bienfaisance n'en ayant pas été le mobile, mais bien l'intérêt propre de chaque contractant.

Les autres se fondent sur ce qu'on doit présumer aux époux un motif plus noble, l'affection, et je serais de cet avis. Les époux sont présumés s'unir et s'unissent effectivement, plutôt parce qu'ils espèrent trouver leur félicité dans la société l'un de l'autre, et plus par affection que par intérêt; d'où il faut conclure que c'est l'estime et l'affection réciproque qui ont donné l'être au contrat, et que si l'avantage est respectif c'est que ces sentiments s'étant trouvés au même degré dans les deux époux, ils ont produit le même effet. Ainsi l'avantage est une véritable donation, sujet par conséquent à la révocation, lorsqu'il y a ingratitude de la part du mari.

---

* 1 *Nouveau Denisart*, *vbo. adultère*, § X, *p.* 291. } La peine de l'adultère paraît avoir été arbitraire du temps de la république romaine. La loi *Julia*, portée par Auguste, prononçait contre la femme adultère, la perte de la moitié de sa dot, et du tiers de ses autres biens, avec la relégation dans une île. L'homme complice devait être relégué dans une autre île, et perdre la moitié de ses biens. On voit, par plusieurs textes d'anciens jurisconsultes, que la loi *Julia* déclarait de plus la femme condamnée pour adultère, incapable d'être appelée en témoignage, et qu'elle défendait de contracter mariage avec une pareille femme.

Ce n'est pas que sous Auguste même, et sous les empereurs qui lui succédèrent, on ne trouve des exemples d'une peine plus grave infligée par la volonté du prince à la femme adultère ou à son complice; mais ce sont des actes d'autorité, qui ne formaient pas une loi, et ne changeaient pas la loi subsistante.

Il paraît certain que Constantin fut le premier empereur

qui prononça la peine de mort contre les adultères. Noodt a savamment traité cette question dans sa dissertation intitulée : *Diocletianus et Maximinaus*, cap. 15-19. La loi de Constantin est la trentième au Code *ad l. Jul. de Adult.* On peut douter si elle prononçait la peine de mort contre la femme adultère, ou seulement contre l'homme qui avait commis le crime avec elle.

Justinien publia, sur ce sujet, une loi qui est la Novelle 134, et qui mérite une attention particulière, parce que c'est de cette Novelle qu'est tirée l'authentique *sed hodiè*, au Code, *ad l. Jul. de adult.* authentique que nous avons adoptée en partie, et d'où vient le nom d'*authentiquée*, qu'on donne à une femme qui a subi la peine d'adultère, dont elle a été convaincue.

Les premiers chapitres de cette Novelle sont étrangers à la matière que nous traitons, et les derniers aussi ; ce n'est que le dixième et le douzième qui regardent l'adultère. Ce crime étant prouvé, dit Justinien, l'homme complice de la femme adultère, subira les peines prononcées par Constantin, et elles s'étendront sur les ministres de ce crime. Si celui avec lequel une femme aura commis adultère est un homme marié, on prélèvera d'abord, sur ses biens, la dot de la femme, et le montant de la donation à cause de noces ; le reste sera donné à ses parents, ascendants ou descendants, et, à défaut de parents, au fisc.

A l'égard de la femme adultère, nous voulons, continue Justinien, qu'après avoir été battue de verges, elle soit envoyée dans un monastère. Si son mari veut la reprendre dans l'intervalle de deux ans, nous lui permettons de le faire sans craindre aucune peine, et sans, néanmoins, qu'on puisse par là porter atteinte à un nouveau mariage contracté pendant cet intervalle. [L'adultère était une cause de divorce, suivant les lois de Justinien, Nov. 22, cap. 15, et Nov. 117 cap. 8.) Après ce temps passé, ou si le mari meurt avant d'avoir

repris sa femme, elle sera rasée et revêtue de l'habit de religieuse, pour demeurer toute sa vie dans le monastère. Si elle a des descendans, ils auront les deux tiers de ses biens; le surplus étant donné au monastère. Si elle n'a point de descendans, mais des ascendans, ceux-ci auront le tiers de son bien, et le monastère les deux tiers. Enfin si la femme coupable n'a ni descendans ni ascendans, ou que ceux-ci aient participé à son crime, tous son bien appartiendra au monastère, sauf, dans tout les cas, la conservation au mari des avantages qu'il avait stipulés en se mariant.

Il est à observer que la Novelle 134 ne déroge point à la Novelle 117, que Justinien avait publiée antérieurement, et qui donnait au mari, lorsqu'il avait convaincu sa femme d'adultère, le montant de la donation à cause de noces, la dot de sa femme, et de plus encore le tiers du montant de la dot: supposé néanmoins qu'il n'y eût pas d'enfans nés du mariage, auquel cas le mari ne gagnait que la donation à cause de noces.

L'empereur Léon fit encore des changemens à la loi de Justinien. Au lieu de la peine de mort prononcée contre l'homme complice, il le condamna seulement à avoir le nez coupé. Il ordonna la même peine contre la femme adultère, outre sa détention dans un monastère, avec défense à elle de se remarier. Enfin il déclara la dot de la femme coupable, acquise au profit du mari.

---

* 8 *Nouveau Denisart*, *Vo. femme*, *p.* 543. } Lorsque la femme est convaincue du crime d'adultère, elle perd son douaire, ses conventions matrimoniales, même sa dot, qui est confisquée au profit du mari. [Voyez adultère, § X, tôme 1, p. 291 *sus cité*].

---

* *C. N.*, 299. } Pour quelque cause, que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avan-

tages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté

* *Id.*, 1452. } La dissolution de communauté opérée par le divorce ou par la séparation de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme; mais celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle ou civile de son mari.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *pp.* 135-136, *sur art.* 299. } Cette disposition est tirée du droit romain, qui punissait aussi, par la perte d'une partie de ses droits pécuniaires, l'époux qui avait donné lieu au divorce. La peine du code est plus douce, en ce qu'il ne fait essuyer à l'époux contre lequel le divorce est prononcé, de perte, que sur les *avantages* à lui faits, au lieu que les lois romaines lui faisait essuyer ces pertes sur ses biens propres.

Cette déchéance, ordonnée par le Code civil, est fondée sur le principe, que toute donation est révocable par l'ingratitude du donataire. C'est pour cela aussi, que la déchéance ne doit point avoir lieu, quand la faute est égale de chaque côté.

Cette déchéance comprend tout ce qui est avantage: le douaire, le préciput, les donations à cause de noces.

Ça été, autrefois, une question, de savoir si la révocation pouvait avoir lieu quand les avantages étaient réciproques. La raison de douter, était qu'une donation réciproque n'est pas pure et simple; qu'elle est soumise à la condition de la réciprocité, et qu'elle ne peut point s'anéantir pour une partie, sans devenir nulle à l'égard de l'autre. La raison de décider est, qu'une donation pour être mutuelle, ne perd pas son caractère de bienfaisance et de libéralité, que cela est si vrai, que l'ordonnance de 1731 assujettit ces sortes de donations, comme les autres, aux formalités de l'acceptation, de la tradition et de l'insinuation; qu'en conséquence, elles ne doivent

pas être, plus que les autres affranchies de la révocation pour cause d'ingratitude.

Aussi, les arrêts les plus récens ont-ils jugé qu'il y avait lieu à la révocation, au profit de l'époux qui obtenait la séparation du corps. Tel est le dernier état de la jurisprudence que le Code a consacré.

---

* 1 *Paillet, Manuel,* pp. 110-111. } Quels sont les effets de la séparation de corps, relativement aux avantages qu'ont pu se faire les époux ? Sous l'ancien droit, dans quelques provinces, la séparation de corps opérait de plein droit la révocation des avantages faits par l'autre époux à celui contre lequel elle était prononcée ; mais dans d'autres provinces, et c'était le plus grand nombre, sans opérer de plein droit cette révocation, elle donnait simplement pouvoir de la provoquer à l'époux qui obtenait la séparation. D'après les principes de non rétroactivité, les effets de la séparation de corps prononcée depuis le Code doivent être réglés, relativement aux avantages stipulés entre les époux, par la loi sous laquelle le mariage a été contracté.

---

* *Lahaye, sur art.* 299. } *Merlin,* Rép., don mobile, indignité, institution contractuelle, § 9 ; séparation de corps, § 4, n. 5 ; Quest., même mot ; *Favard,* sép. entre époux, sec. 2, § 3, n. 8 et 9 ; *Dalloz,* sépar. de corps, ch. 1, sec. 4 ; *Paillet,* Dict. universel, adultère, n. 66 ; *Toullier,* t. 2, n. 743 et suiv., 781 ; t. 5, n. 329, 910 ; *Duranton,* t. 2, nos. 629, 631 ; *Proudhon,* t. 1, p. 318 à 323 ; *Delvincourt,* t. 1, p. 86 ; t. 2, p. 114 ; *Vazeille,* t. 1, n. 102-103 ; t. 2, n. 589-590.

Question controversée.—La séparation de corps donne-t-elle lieu à l'application de l'art. 299 ? *Delahaye,* tutelle et cur., p. 296 et suiv. *Oui :* *Sirey,* t. 13, 2e part, p. 69 ; t. 20, p. 246 ; t. 21, p. 325 ; t. 23, p. 234 ; *Proudhon,* t. 1, p. 341.—*Non :* *Merlin,*

[ARTICLE 211.]

Rép., Sép. de corps ; *id.*, Quest. ; *Grenier*, Donation, t. 1, p. 391 ; *Sirey*, t. 22, p. 359 ; t. 24, p. 30, 356 : t. 26, p. 265. (Voir Dissert. de *Massé* et *L'herbette*, journ. du notariat, t. 2, n. 498, 499 ; *id.*, t. 7, p. 216.

---

* 2 *Duranton*, No 629. } La seule déchéance pécuniaire qui ait lieu en matière de séparation de corps est celle du préciput. Ainsi l'art. 299, qui porte que " pour quelque cause, &c " n'est point applicable au cas de séparation de corps. C'est là une peine, et les peines ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Qu'importe, en effet, que l'ancienne jurisprudence consacrât cette peine contre la femme convaincue d'adultère ?

La loi actuelle n'en faisant pas mention quant au cas de séparation de corps, cela suffit pour en écarter l'application. D'ailleurs, il n'y aurait rien à inférer de l'ancienne jurisprudence contre le mari, puisqu'il n'était point frappé des mêmes déchéances. Ajoutez que la femme étant, d'après l'*authentique*, enfermée pour la vie dans un couvent, si son mari ne la reprenait dans les deux ans, il n'avait pas paru utile de lui laisser les avantages, qui lui avaient été faits, ni aucune part dans la communauté. Il n'y a donc rien à conclure de l'ancienne jurisprudence, d'autant mieux que les déchéances n'avaient lieu que dans le seul cas d'adultère de la femme ; tandis que, dans le système contraire, elles auraient lieu dans tous les cas qui ont amené la séparation de corps.

Qu'importe aussi que la loi actuelle établisse la déchéance du droit au préciput, qui n'est même pas, à proprement parler une *donation*, mais bien une convention de mariage, et qui n'est même, en général, une libéralité que de la moitié de ce dont il se compose ? La loi s'est expliquée pour le préciput, et elle a gardé le silence quant aux avantages ou aux donations proprement dites. Tout ce qu'il y aurait à conclure de là, ce serait tout au plus un défaut d'harmonie dans la loi, mais qui n'autoriserait pas les tribunaux à créer des peines qu'elle n'a

point établies, en appliquant celles qu'elle a portées pour un autre cas.

D'ailleurs, les motifs de la déchéance des donations et avantages matrimoniaux ont-ils bien, en matière de séparation de corps, la même force qu'en matière de divorce? Nous ne le pensons pas; et voici nos raisons: Les époux divorcés ne pouvant jamais se réunir, le rétablissement des avantages révoqués n'étaient point un motif qui pût retenir l'offensé dans sa propension à pardonner à l'offenseur; tandis que ce motif mettrait souvent, contre le vœu de la loi, contre l'intérêt des enfants, une barrière à la réconciliation des époux simplement séparés de corps. En ces matières, il serait fort impolitique de laisser à l'intérêt une influence quelconque sur leur détermination; il n'en exerce malheureusement que trop souvent une funeste au bon ordre. Il est bien vrai que, pour affaiblir la force de cette puissante considération, que l'on n'a point assez fait valoir dans les nombreux procès auxquels a donné lieu la question, et qui, seule, nous aurait paru décisive, l'on dit que les époux qui veulent se réunir ne sont point obligés pour cela de rétablir leurs conventions matrimoniales dans leur état primitif; que l'art. 1451 leur en laisse la faculté, quant à la communauté; que seulement, s'ils la rétablissent, ils ne peuvent y apporter aucun changement: d'où l'on conclut que la révocation des avantages matrimoniaux pouvant subsister nonobstant la réunion, le rétablissement de ces avantages, ne sera pas un obstacle à ce qu'elle s'opère, puisqu'il n'en sera point une conséquence nécessaire.

Mais, d'abord, en admettant que la faculté de rétablir, ou non, la communauté, s'appliquât aux avantages révoqués par la séparation, la force de notre observation ne sera pas moins la même; car l'époux au profit duquel aurait lieu la révocation pourrait-il espérer de trouver un repentir sincère, un retour de bienveillance et d'attachement dans son conjoint, privé ainsi des avantages qui lui avaient été faits? Le souve-

nir du passé, que chacun d'eux doit s'efforcer de repousser, ne viendrait-il pas sans cesse aigrir de nouveau celui-ci ? Il faut bien peu connaître le cœur humain pour se faire illusion à cet égard ; dès lors la crainte raisonnable de ne trouver dans l'offenseur qu'un retour simulé à de meilleurs sentiments retiendrait presque toujours l'offensé, et s'opposerait à la réunion.

Quant à la déchéance du préciput, l'on peut dire que cet avantage étant relatif à la communauté, dont le contrat ne reçoit plus son exécution par le fait de l'époux coupable, on conçoit que la loi a pu l'en priver, sans qu'on doive en conclure qu'elle ait également voulu le priver des autres gains matrimoniaux; du moins son intention n'est pas manifeste quant à cette peine.

Toutefois, l'on dit que si les donations ne sont point révoquées de plein droit par l'effet de l'article 299, elles sont du moins révocables pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 955, et l'on place ainsi la question sur un autre terrain. Mais nous répondons que l'article 959 porte que les donations en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ; et cet article, quoique placé à la matière des *Donations* en général, s'applique aussi à celles faites *entre* époux, puisqu'il ne fait aucune distinction.

Après avoir été jugée plusieurs fois en sens divers, la question a été décidée *in terminis* suivant notre opinion par plusieurs arrêts de cassation, un du 17 Juin 1822 ; (*Sirey*, 1822, 1, 359) ; un second du 10 Août 1824 (Ibid, 1824, 1, 30), et par d'autres encore rendus depuis.

---

* *Massol*, *pp.* 297-8-9. } Si l'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps perd le bénéfice du préciput, faut-il également lui enlever les donations que son conjoint lui avait conférées dans le contrat de

mariage? peu de questions ont soulevé une controverse aussi animée ; les auteurs sont dissidents, les tribunaux sont également divisés à cet égard. L'un des systèmes maintient les libéralités par les raisons suivantes : au titre de la séparation de corps il n'existe aucune disposition qui répète celle renfermée dans les arts. 299 et 300; il n'y a pas même motif pour établir la même pénalité dans le cas de la séparation de corps et du divorce, puisque, dans une hypothèse, les époux ont la faculté de se réunir, et que, dans l'autre, une réconciliation est impossible, le mariage étant dissous irrévocablement. L'on fait valoir encore l'art. 959, qui porte que les donations en faveur du mariage ne sont pas susceptibles d'être révoquées pour cause d'ingratitude ; l'on observe enfin que si la séparation de corps entraînait l'anéantissement des libéralités conférées dans le contrat du mariage il s'ensuivrait que l'époux qui aurait profité de cette révocation, craignant d'en perdre le bénéfice refuserait de revenir auprès de son conjoint.

Les partisans du système contraire font observer que la séparation de corps ayant été créée pour remplacer le divorce, à l'égard de ceux qui auraient eu scrupule de le demander il serait inconséquent de ménager l'époux défendeur à la séparation de corps, tandis que celui qui aurait été poursuivi en divorce serait traité plus sévèrement. L'on insiste sur l'art. 1518, qui s'explique au sujet du préciput, et l'on prévient qu'il doit y avoir parité entre le préciput et les autres avantages promis dans le contrat de mariage. La considération suivante est invoquée : il importe que l'époux inhumain sache que ses excès retomberont sur lui-même, qu'il sera dépouillé des libéralités dont il avait été gratifié. Cette appréhension le retiendra peut-être, et sera pour lui un avertissement salutaire, enfin l'on soutient que si les avantages énoncés dans le contrat de mariage ne sont pas révoqués de plein droit par la séparation de corps, du moins l'époux qui l'a rendue nécessaire mérite le sort réservé aux donataires ingrats, et peut être dépouillé pour cause d'indi-

gnité. (Arts. 955 et 956). L'on écarte l'application de l'art. 959, en distinguant les donations que s'adressent les époux et celles qui sont consenties par des tiers en faveur du mariage ; l'on restreint à ces dernières l'art. 959, qui s'oppose à la révocation pour cause d'ingratitude, puisque les enfants eux-mêmes sont compris dans la générosité du disposant, et qu'il n'ait aucun intérêt à ce que les biens que les époux se donnent entre eux fassent partie de la succession de l'un de l'autre.

Il nous paraît que la première opinion doit être rejetée. Dans l'ancien droit, les donations entre époux exprimées dans leur contrat de mariage étaient révoquées par la séparation de corps; les rédacteurs du Code n'ont pas entendu faire un ouvrage nouveau sur la séparation de corps, proscrire les doctrines accréditées, et s'écarter de ce qui avait été sanctionné antérieurement.

P. 305-6.—La loi romaine et le Code civil permettent de faire déclarer l'indignité de l'héritier qui s'est rendu coupable de fautes graves à l'égard du testateur ; celui-ci avait néanmoins la faculté d'anéantir son acte de dernière volonté. Ainsi donc il importe que l'on déclare privé des donations qui lui avaient été consenties pendant le mariage, l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée ; mais l'on n'arrivera point à ce résultat, si l'on décide, contrairement à notre sentiment, qu'elle n'entraine pas la perte des avantages entre époux.

L'auteur ajoute en note : Pour : Delvincourt, t. I, p. 197 — Proudhon, t. II, p. 342.—Pigeau, t. II, p. 571, et plusieurs arrêts de cours royales.—Dalloz, Jurispr. gén., t. XI, p. 917.—Au reste, ces auteurs et ces arrêts ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la révocation s'effectue de plein droit par le jugement de séparation de corps, ou bien si elle a besoin d'être demandée en justice, pour cause d'ingratitude. *Contre*: Duranton, t. II, No. 629. — Merlin, Répert., t. XVI, Vbo. Séparation de corps, p. 62. — Toullier, t. II, No.

781.—Zachariæ, t. III, p. 375.—Divers arrêts de la cour de Cassation.—Dalloz, Jurispr. gén., t. XI, p. 918, et Recueil périod., année 1836, 1ère partie, p. 377. L'on peut consulter sur cette question, le *Journal du Palais*, t XVII, p. 427.)

De ces développements, il s'infère qu'à notre avis la révocation des libéralités consenties par les époux dans leur contrat de mariage s'opère de plein droit, il nous semble superflu d'exiger un autre jugement qui constate les fautes du donataire. Sans doute, quand la révocation est poursuivie pour cause d'ingratitude, il est nécessaire qu'une sentence déclare que le donataire a démérité à l'égard de son bienfaiteur, parceque le premier ne sera point disposé à reconnaître ses torts, et qu'un débat s'élèvera nécessairement à cette occasion ; mais une fois que la séparation de corps est admise, pourquoi recourir à un nouveau procès qui ne servirait qu'à entretenir la haine des époux et à provoquer un nouveau scandale ? D'ailleurs, que l'on considère l'intention de l'époux donateur, et l'on acquerra la certitude que dès qu'il a pris la résolution de se pourvoir en séparation de corps, c'est qu'il était vivement irrité contre son conjoint ; dès-lors il est certain qu'il n'entendait pas le laisser en possession des avantages dont il l'avait gratifié dès le principe, alors qu'il lui prêtait des sentimens bien différens de ceux qu'il a manifestés. En outre, si l'on pensait que la révocation des libéralités pour cause d'ingratitude est indépendante de la séparation de corps, et qu'elle nécessite une procédure particulière, l'on arriverait quelquefois à des résultats extraordinaires ; la femme, par exemple, qui aurait à se plaindre de son époux, réclamerait la révocation des libéralités qu'elle aurait consenties en faveur de ce dernier, sans engager la demande en séparation de corps. Mais dans cette circonstance, ne serait-on pas fondé à lui dire : Pourquoi ne poursuivez-vous pas la séparation de corps ? Il est étonnant que vous imputiez à votre époux des griefs très graves, qu'à ce titre vous souhaitiez reprendre

ce que vous lui avez donné, et que néanmoins vous ne renonciez pas à la vie commune. Ainsi, l'on voit que la révocation des libéralités pour cause d'ingratitude suppose une demande, un jugement de séparation de corps. Nous préférons soutenir que cette révocation s'accomplit de plein droit, quoique nous nous gardions de regarder comme entièrement erronée la doctrine de ceux qui estiment qu'une instance particulière est requise afin d'obtenir l'annulation des libéralités exprimées dans le contrat de mariage.

Il est très important d'exprimer si la révocation s'effectue de plein droit, ou par suite d'une procédure spéciale qui aurait pour base le motif d'ingratitude ; en effet, dans la première hypothèse, par cela seul que la séparation de corps serait prononcée, les créanciers de l'époux offensé exerceraient leurs droits sur les biens primitivement compris dans la disposition au lieu que dans l'autre système, la séparation de corps même admise, il n'aurait pas le droit de poursuivre la révocation des libéralités sous prétexte d'ingratitude, et ils se trouveraient entièrement à la merci de leur débiteur, qui serait exclusivement investi à cette action. Au reste, la séparation de corps pouvant être prononcée contre l'époux mineur, il en résulte que ce dernier sera privé des donations que lui avait conférées son conjoint. Lorsqu'il est question d'un dol ou d'un délit, le mineur est assimilé au majeur ; il est traité de même, et il encourt de semblables peines quand il se montre indigne des bienfaits qu'il avait reçus.

Comme nous l'avons déjà expliqué, le silence gardé pendant une année par l'époux offensé, n'établit pas une fin de non recevoir contre la demande en séparation de corps. L'art. 957 n'est pas applicable dans cette circonstance. Ainsi, la révocation aura lieu, quoique le laps de temps fixé par cet article se soit écoulé ; elle est une suite du jugement de séparation de corps ; dès qu'il est proclamé, il infirme les dona-

tions renfermées dans le contrat de mariage. Toutefois, le donataire sera tenu de restituer les fruits à compter du jour de la demande en séparation de corps, alors il a été mis en demeure ; il ne serait pas obligé de faire compte de ceux qu'il aurait perçus antérieurement, car le donataire ingrat n'est recherché qu'à l'occasion des produits qui lui sont advenus depuis le jour de la demande (art. 958). Si l'on décidait, contrairement à notre doctrine, que le jugement de séparation de corps n'emporte pas de plein droit révocation des libéralités, et si l'on estimait qu'une nouvelle demande reposant sur le fait d'ingratitude est indispensable, il faudrait décider que les fruits ne sont dus qu'à partir du moment où cette action serait introduite.

Nous avons pensé que les donations consenties entre époux par contrat de mariage étaient rétractées au préjudice du conjoint contre lequel intervenait la séparation de corps; mais nous n'allons pas jusqu'à prétendre qu'il en sera de même quand les donations acceptées par l'époux coupable émaneront des parents de l'autre époux. Dans cette circonstance la révocation nuirait aux enfants, puisque les donateurs reprendraient les biens et en disposeraient comme ils l'entendraient. C'est le cas de s'en tenir à l'art. 959, qui met à l'abri de la révocation les libéralités qui ont été consenties en faveur du mariage. L'art. 299 ne faisait perdre au conjoint contre lequel avait été prononcé le divorce que les avantages *que l'autre époux* lui avait faits. Il est clair que d'après ce texte même en cas de divorce, les donations émanées d'autres personnes que les époux étaient immuables; comment n'en serait-il pas ainsi à l'égard de la séparation de corps? Il résulte de l'art. 959, que si l'époux donataire se portait à des faits d'ingratitude envers le donateur, parent ou étranger, les libéralités n'en continueraient pas moins de subsister ; or, comment admettre que les torts à l'égard du conjoint puissent amener la révocation d'une libéralité dans l'intérêt du donateur,

tandis que les torts commis directement envers ce dernier, ne conduisent pas au même résultat.

3. Quant aux donations qui ont eu lieu entre époux pendant le mariage, elle ne sauraient avoir le caractère d'irrévocabilité, quand la séparation de corps a été obtenue ; le demandeur ne serait pas fondé à soutenir que son conjoint n'a pas la faculté de révoquer ces libéralités : le donateur est maître de changer de volonté à cet égard, lorsqu'il le jugera convenable. L'on allèguerait mal à propos que pendant le litige l'un des époux ne pouvant préjudicier à l'autre, ainsi que cela dérive des arts. 270 et 271, le droit d'anéantir ces dispositions gratuites sera dénié à l'époux donateur ; mais les articles précités qui permettent à la femme de faire apposer les scellés et annullent tous les actes frauduleux sont étrangers à l'hypothèse que nous apprécions; l'on s'aperçoit facilement qu'ils ne se réfèrent pas aux libéralités, les mesures qu'ils consacrent ne sont que des actes conservatoires. Or, l'on devrait s'étonner qu'un acte conservatoire engendrât un avantage que l'on n'avait pas antérieurement ; si la séparation ne doit pas préjudicier à l'époux qui l'obtient, il n'est pas convenable qu'elle soit pour lui une source de gain ; comme nous l'avons annoncé, le conjoint offensé recouvrera les biens qu'il avait donnés, mais n'acquerra point des droits sur ceux qui ne lui appartenaient pas ou qu'il ne détenait qu'à un titre qui pouvait lui être enlevé.

Pour ce qui concerne l'époux défendeur, nous décidons qu'il sera privé du bénéfice des donations que lui avait faites son conjoint pendant le mariage ; la déchéance sera encourue de plein droit, dès que la séparation de corps aura été décrétée : l'art. 299 désigne les avantages qui ont été consentis depuis le mariage. Nous avons soutenu que la séparation de corps entraînait la perte des libéralités qui étaient constatées par le contrat de mariage, à plus forte raison doit-il en être ainsi par rapport à celles qui ont lieu postérieurement, et qui sont essentiellement empreintes de révocabilité.

[ARTICLE 211.]

* 4 *Anc. Denisart*, (*Ed.* 1771.) *vo. révocation*, *pp.* 386—387. } Les donations faites entre conjoints par contrat de mariage, sont comme les autres, sujettes à révocation pour cause d'ingratitude. *Domat* le dit expressément (t. 1, p. 107,) et trois arrêts l'ont ainsi jugé.

Le premier a été rendu au grand conseil le premier Mars 1697, entre M. le Camus, ancien maître des comptes, et Madame son épouse. Dans cette espèce, Madame le Camus avait demandé d'être séparée d'habitation, et que la donation faite par leur contrat de mariage fût déclarée nulle et révoquée : cela fut ainsi jugé. Il était prouvé que M. le Camus avait donné un soufflet à sa femme, qu'il lui avait jeté des pierres par la fenêtre lorsqu'elle sortait de sa maison ; qu'il la laissait manquer des choses les plus nécessaires, et même de la nourriture : il l'avait d'ailleurs accusée de crimes atroces, pour lesquels il avait demandé la jonction du ministère public.

Le second arrêt a été rendu à la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Guilbault, le 26 Fév. 1728, entre le comte de (Pitara) de Mariny et les héritiers de sa femme.

Dans cette espèce, la dame de Mariny avait demandé sa séparation au Châtelet pour cause de sévices et mauvais traitements, et que la donation mutuelle portée par leur contrat de mariage fut révoquée ; elle avait été admise à la preuve de ces faits, et avait fait faire une enquête : mais elle était décédée avant le jugement. Ses héritiers ayant repris l'instance, il intervint au Châtelet une sentence sur productions le 19 juin 1725, qui, sur la demande en révocation, mit hors de cour. Sur l'appel, les héritiers de la dame de Mariny obtinrent des lettres de rescission contre la donation ; ils en demandèrent l'entérinement, et soutinrent : 1. Que l'action en révocation ayant été intentée par la dame de Mariny, cette action leur était transmise, au moyen de ce qu'ils étaient ses héritiers ; 2. Que la révocation devait être admise, quoique

la donation fut faite par contrat de mariage et qualifiée mutuelle.

Le sieur de Mariny répondait que le don mutuel n'était pas une vraie donation ; qu'il ne devait pas être sujet à révocation ; que c'était une convention sacrée contenue dans un contrat de mariage ; que la dame de Mariny aurait pu survivre, et par conséquent en profiter elle-même.

L'arrêt n'eut aucun égard à ces moyens ; la sentence du Châtelet fut infirmée, et la donation portée par le contrat de mariage déclarée nulle et révoquée, et cela (porte l'arrêt) sans s'arrêter aux lettres de rescision.

Le troisième, rendu le 12 Déc. 1755, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, en faveur de la vi-comtesse de l'Hôpital, contre son mari, en ordonnant que la vi-comtesse de l'Hôpital demeurerait séparée de corps et d'habitation, a, en même temps, déclaré les dons et avantages faits au mari par la femme dans leur contrat nuls et révoqués pour cause d'ingratitude.

---

* 30 *Merlin*, *Vo. Sép. de corps*, § *IV*, *pages* 440 *et suiv.* } L'art. 959 du Code Civil ne déroge-t-il pas à cette jurisprudence, tant pour les donations mutuelles que pour les donations simples ? En disant que les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude, n'est-il pas censé dire que l'ingratitude de l'époux donataire, prouvée même par le jugement de séparation de corps qu'a obtenu contre lui l'époux donateur, ne peut pas entraîner la révocation des avantages sous la foi desquels le mariage a été contracté ?

L'affirmative parait ne devoir souffrir aucun doute. La Cour d'Appel de Rennes avait cependant jugé le contraire par un arrêt du 21 Mai 1808. Mais c'était dans une espèce où le mariage avait été contracté *avant le Code Civil* ; et cet arrêt n'a échappé à la Cassation qui en a été provoquée, que parce que

la question qu'il avait mal jugé d'après le Code Civil, devait être jugée et se trouvait *bien jugé* (quoique par de mauvais motifs) d'après l'ancienne jurisprudence.

La même espèce s'est présentée depuis et a encore reçu la même sanction.

Le 7 pluviôse an 8, contrat de mariage entre le sieur Devers et la demoiselle de Valadoux. Par cet acte, les deux époux se font une donation mutuelle.

Le 5 Déc. 1806, la Dame Devers forme contre son mari, une demande en séparation de corps, pour sévices et mauvais traitements et *déclare révoquer la donation* qu'elle lui a faite en l'épousant.

Le 23 juillet 1807, jugement qui prononce la séparation de corps, et déclare la donation révoquée.

Le sieur Devers appelle de ce jugement : par arrêt du 29 Mars 1808, la Cour de Lyon dit qu'il a été *bien jugé* sur l'un et l'autre chef.

Recours en cassation fondé, quant à la révocation, sur l'art. 959 du Code Civil.

Par arrêt du 10 Déc. 1810, au rapport de M. Delacoste et sur les conclusions de M. l'avocat général Daniel.

" Considérant que le contrat de mariage qui contient les avantages qui ont été annulés par les deux tribunaux, par suite de la séparation de corps pour sévices et mauvais traitemens, est *du 7 pluviôse an* 8, et par conséquent d'une *date antérieure* à la publication du Code Civil :

" *Qu'à cette époque, les futurs époux pouvaient, en stipulant leurs conventions d'après les lois alors existantes et les principes reçus, faire entrer dans les motifs de leurs* stipulations et des avantages qu'ils *se faisaient l'espoir de les faire annuler pour cause d'ingratitude*, et, *à plus forte raison, pour les cas de séparation pour sévices :* et c'est à cette époque qu'il a fallu se référer pour prononcer sur l'effet de ces stipulations et avantages ;

"Qu'il suit de là que la Cour d'Appel de Lyon n'a pas violé l'art. 959 du Code Civil, etc... la Cour rejette le pourvoi."

La manière dont cet arrêt et celui du 10 Août 1809 sont motivés, fait assez entendre que, si la question eut dû, dans l'une et l'autre espèce être jugée d'après le Code Civil, elle l'eût été dans un sens tout opposé.

Et c'est ce qu'ont effectivement décidé, depuis, d'autres arrêts de la Cour de Cassation.

---

* 2 *Nouv. Pigeau*, *p.* 571. } Jusqu'à la dissolution de la communauté, le mari administre seul, non seulement les biens de cette communauté, mais encore les biens propres de sa femme, desquels il a la jouissance. Mais dès que la séparation est prononcée, la femme reprend la libre administration de ses biens. Ainsi la femme séparée peut non seulement percevoir les émoluments de ses biens et en jouir, mais encore faire librement tous les actes de pure administration, comme baux à loyers ou à ferme, réparations, améliorations, etc., [C. C. 1449.] Cette faculté appartient à la femme mineure comme à la femme majeure, parce que le mariage émancipe [C. C. 476], et qu'un mineur émancipé reçoit ses revenus et administre ses biens [C. C. 481]. La femme séparée judiciairement, comme celle qui est séparée conventionnellement, a encore le droit de disposer à son gré de son mobilier, et de l'aliéner. [C. C. 1449]. C'est pourquoi le mari n'est plus garant, comme autrefois, de l'emploi qu'elle en fait. Quant à ses biens immeubles la femme ne peut, en aucun cas, les aliéner directement ou indirectement, sans le consentement spécial de son mari, ou à son refus, sans être autorisée en justice.

---

* 1 *Maleville*, *p.* 219, *sur art.* 299. } Ainsi dans le cas même du divorce pour adultère, la femme ne perdra plus sa dot, *comme elle le faisait par l'ancienne jurisprudence*,

elle était en effet adjugée au mari reversible seulement aux enfants, s'il y en avait ; et la femme et ses héritiers en étaient absolument privés.

212. L'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu.

212. The party who has obtained the separation, retains all the advantages granted by the other, although they may have been stipulated to be reciprocal and the reciprocity does not take place.

* *V.* 2 *Pigeau, p.* 233-234 *et* 4 *Pandec. Frs., p.* 135, cités sous l'art. précédent.

* *C. N.*, 300. } L'époux qui aura obtenu le divorce, conservera les avantages à lui faits par l'autre époux encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu.

213. Si l'un des époux séparés de corps n'a pas de biens suffisants pour sa subsistance, il peut faire condamner l'autre à lui payer une pension alimentaire qui est réglée par le tribunal, d'après l'état, les facultés et autres circonstances des parties.

213. Either of the parties thus separated, not having sufficient means of subsistance, may obtain judgment against the other for an alimentary pension, which is fixed by the court according to the condition, means and other circumstances of the parties.

[ARTICLE 213.]

* *Massol*, p. 194. } La séparation de corps ne mettant pas fin au mariage, les conjoints se doivent réciproquement des secours lorsqu'ils sont dans le besoin. L'art. 301 qui ne permettait qu'à l'époux qui avait obtenu le divorce de réclamer une pension alimentaire, ne régit point les causes pour lesquelles est intervenue une séparation de corps. Le divorce ayant détruit le mariage, ce n'était pas à proprement parler en qualité d'époux que celui qui avait triomphé dans sa demande en divorce recevait sur les biens de son conjoint de quoi assurer sa subsistance: aussi avait-il fallu que la loi fit un commandement exprès à cet égard.

Toutefois, les époux séparés de corps ne seront tenus entre eux qu'à une assistance qui se réduira en des secours pécuniaires, car le jugement qui est intervenu les dispense de résider ensemble et de se donner les soins persònnels que nécessite leur position. Aussi, un tribunal ne serait pas fondé à déclarer, nonobstant la séparation de corps, que l'un des époux sera forcé de recevoir chez lui son conjoint qui est atteint d'une infirmité ou d'une maladie grave.

Il est incontestable que pour fixer le taux de la pension alimentaire, l'on se montrera plus favorable à l'époux qui a fait déclarer la séparation de corps qu'à celui contre lequel cette mesure a été prise; l'un est malheureux, l'autre s'est laissé aller à des écarts qui ne méritent que le blâme. [*Delvincourt*, *t.* 1, *No.* 199.]

---

* 2 *Duranton*, *No.* 633. } Puisque le mariage subsiste toujours, l'obligation pour les époux de se secourir n'est point éteinte; en conséquence, celui qui n'aurait pas les moyens de vivre pourrait réclamer de l'autre une pension proportionnée à ses besoins et aux facultés de celui-ci.

Ce droit, selon nous, n'est pas restreint à celui qui a obtenu la séparation, comme il l'était par l'article 301, à l'époux qui avait obtenu le divorce; la réciprocité doit subsister, puisque le lien conjugal subsiste toujours. Mais, généralement, dans

la fixation du *quantùm* des secours, les tribunaux seront plus favorables à l'époux innocent qu'à l'époux coupable.

---

* 4 *Pand. Frs.*, *p.* 165. } Lorsque les revenus de la femme ne sont pas suffisans pour fournir à sa subsistance, ou qu'elle n'en a point du tout, on peut condamner le mari à lui payer une pension proportionnée à ses facultés, et à son état.

Si, au contraire, c'est le mari qui est réduit à l'indigence, soit par l'effet de la séparation, soit par des accidens arrivés depuis, il peut lui être accordé une pension, sur les revenus de sa femme.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 234. } La femme séparée de corps doit des alimens à son mari, s'il n'est pas en état de se sustenter et qu'elle le puisse. Denisart pense cependant qu'il ne les obtiendrait pas facilement, parce que cette espèce de séparation donne lieu à la révocation des bienfaits ; mais il y a une grande différence : les bienfaits n'étaient pas une dette de la femme envers son mari, ils étaient gratuits ; ainsi l'ingratitude en opère la révocation ; mais les alimens sont une dette engendrée par le mariage qui fait aux deux époux un devoir de se nourrir respectivement en cas de besoin, et dont la séparation quelle qu'elle soit, ne peut jamais les délier ; autrement la justice autoriserait la femme à manquer à ses obligations. D'ailleurs quelque soient les torts du mari, ils ne sont jamais si grands que ceux d'une femme condamnée pour adultère à laquelle cependant la justice oblige le mari à fournir des alimens.

---

* 2 *Touliler*, *No.* 780. } Si l'époux qui a obtenu la séparation est dans le besoin, il est en droit de prétendre une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux.

Mais celui contre lequel la séparation est prononcée conserve-t-il le même droit ? L'ancienne jurisprudence était

chancelante sur ce point. Elle paraissait pencher pour l'affirmative et la loi du 20 sept. 1792, qui avait excessivement étendu le divorce, ordonnait que, dans tous les cas de divorce, il serait accordé sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouvait dans le besoin, sans distinguer entre l'époux qui a obtenu le divorce et celui contre lequel il a été prononcé.

Le Code a suivi des principes différents. Il n'accorde des aliments sur les biens de l'autre époux qu'à celui qui a ob. tenu le divorce; or, la séparation est parallèle au divorce; c'est le divorce de ceux dont la religion et la conscience re-jettent le divorce *quoad vinculum.* Ces deux divorces ne peuvent être prononcés que pour les mêmes causes.

Il y a néanmoins une différence décisive entre le cas du divorce qui rompt le lien du mariage et celui de la séparation, qui le laisse subsister. Le devoir de se fournir des aliments est essentiellement attaché au titre d'époux. Ce titre n'est pas anéanti par des événements qui troublent l'union conjugale sans détruire le lien du mariage. Il reste l'honneur dû au nom sacré d'époux et d'épouse, la femme continue de porter le nom du mari.

---

* 1 *Nouveau Denisart, Vo. aliments, p.* 452–453. } Le mari doit des aliments à sa femme et la femme à son mari. Le mari qui a fait condamner sa femme aux peines de l'authentique est néanmoins obligé de lui fournir des aliments proportionnés à sa condition et à ses facultés. La femme qui a été séparée de biens d'avec son mari par justice, est tenue de lui donner les secours dont il a besoin, pour vivre d'une manière plus ou moins honorable, suivant sa condition.

On a prétendu que la femme séparée de biens est dispensée de remplir ce devoir, dans le cas où le mari est tombé dans l'indigence par sa faute. *Brodeau sur Louet, lettre C. somm.* 29, No. 6, cite à l'appui de cette opinion un arrêt du 15 janv. 1610,

mais il ne faut point s'arrêter à cette décision, dont il y a lieu de croire que les circonstances sont mal rapportées. Le contraire est établi par une jurisprudence constante.

Il y a plus de difficulté par rapport à l'obligation de la femme séparée d'habitation d'avec son mari. Voici une espèce dans laquelle la question s'est présentée.

Le vicomte de l'Hôpital demanda des alimens à sa femme séparée d'habitation d'avec lui, en vertu d'un arrêt du 12 déc. 1755, qui déclarait aussi révoqués les dons et avantages à lui faits par leur contrat de mariage. Il disait que la femme riche est obligée, par les lois divines et humaines, de nourrir son mari pauvre.

La vicomtesse de l'Hôpital répondait que son mari ne pouvait pas invoquer une qualité et des droits qu'il avait abdiqués par ses excès, et dont il avait été jugé indigne. Par sentence rendue le 3 juillet 1759, le vicomte de l'Hôpital fut déclaré *non-recevable.*

Sur l'appel de cette sentence, l'affaire changea de face. Le vicomte de l'Hôpital apprit que la dame Oursin, mère de sa femme, décédée au mois d'octobre 1758, lui avait fait un legs en ces termes: " quels que soient les torts de M. de l'Hôpital, envers ma fille, par esprit de religion, et pour l'honneur de son nom, je veux dans la triste situation où il se trouve, lui assurer des alimens; et à cet effet, je lui donne et lègue, à prendre limitativement sur la part de ma fille, 3000 livres de pension viagère exempte de toute imposition."

La dame Oursin avait fait son testament le 9 sept. 1775, avant l'arrêt obtenu par sa fille contre son mari. En conséquence elle avait ajouté que la disposition que nous venons de rapporter, n'aurait lieu que dans le cas et qu'autant que le vicomte de l'Hôpital ne jouirait pas des dons et avantages qu'il avait reçus de sa femme par contrat de mariage.

La dame Oursin avait laissé cinq enfans. Le vicomte de l'Hôpital demanda en la Cour, contre tous les héritiers, la

délivrance du legs mentionné, sauf à l'imputer entre eux sur la part de la vicomtesse de l'Hôpital seulement, ou bien sur la part de chacun d'eux par égale portion. Il déclara en même temps, qu'au moyen de ce legs, il n'insistait plus sur la demande d'alimens, ni sur l'appel de la sentence qui l'avait déclaré *non-recevable*; mais qu'il persistait *dans cet appel*, dans le cas où le testament ne serait pas exécuté......

[p. 455].—L'avocat général conclut à ce qu'il fut ordonné :

1° Que l'acte de dernière volonté de la dame Oursin, en date du 9 sept. 1755 sera exécuté à l'égard du vicomte de l'Hôpital; en conséquence lui faire délivrance, à compter du jour du décès, de la pension viagère de 3000 livres; laquelle serait imputée sur la part et portion de la vicomtesse de l'Hôpital, etc......

2° Sur l'appel interjetté par le vicomte de l'Hôpital, de la sentence du 3 juillet 1759, que les parties fussent mises hors de Cour.

La 1re partie de ces conclusions fut exactement suivie, par l'arrêt rendu le 28 août 1760 en la première chambre des enquêtes.

Quand à la 2e " la cour faisant droit sur l'appel interjetté par le vicomte de l'Hôpital de la sentence du 3 juillet 1759, met l'appellation et ce dont est appel au néant; *émendant*, sur la demande formée au Châtelet par le vicomte de l'Hôpital le 30 avril 1759, met les parties hors de cour." On voit que l'intention de la cour a été *d'infirmer* la sentence du châtelet, en ce qu'elle déclarait le vicomte de l'Hôpital non recevable dans sa demande. C'est un préjugé en faveur du mari qui demande des alimens à sa femme séparée d'habitation.

---

* 1 *Merlin, Rép. vo. alimens,* § 3, *p.* 344. } Le parlement de Bretagne a jugé en 1666, qu'un mari devait nourrir et prendre soin de sa femme devenue folle, et l'a dé-

bouté de la demande par lui formée contre les parens de la femme, tendante à ce qu'ils fussent obligés de contribuer aux dépenses que cette situation occasionnait.

Une femme séparée de biens, doit des alimens à son mari indigent quand elle est en état de lui en fournir; c'est ce qu'a jugé le parlement de Dijon le 25 janvier 1719. Mais s'il y avait entre les époux séparation de corps et de biens, et que la séparation fut fondée sur les torts du mari, il n'obtiendrait pas facilement une pension alimentaire contre sa femme. Cette question se présente dans l'espèce suivante. (V. arrêt rendu le 28 août 1760 sur demande du vicomte de l'Hôpital, cité par *Denisart* sous le présent article.)

---

* *C. N.*, 301. } Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisans pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

---

214. Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu la séparation de corps à moins que le tribunal, après avoir consulté le conseil de famille s'il le juge convenable, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux soient confiés aux soins de l'autre époux, ou d'une tierce personne.

214. The children are entrusted to the party who has obtained the separation, unless the court, after having, if it thinks proper, consulted a family council, orders, for the greater advantage of the children, that all or some of them be entrusted to the care of the other party or of a third person.

[ARTICLE 214.]

* 2 *Pigeau*, *p.* 233. } Lorsqu'il y a des enfants, on confie ordinairement l'éducation des filles à la mère et celle des garçons au mari ; on prescrit alors aux époux de s'envoyer respectivement leurs enfants lorsque l'un d'eux les demandera.

Si l'on craint que l'un des époux n'inspire aux enfants qui lui seront confiés, des sentiments contraires à ce que ceux-ci doivent à leurs parents, on ordonne que ces enfants seront mis dans un couvent ou une pension convenus ou indiqués, où leurs parents pourront les voir, on leur permet aussi quelquefois de les faire venir chez eux, pendant tant de temps, où à la charge de les renvoyer coucher au couvent ou à la pension.

Quelquefois on ordonne qu'auparavant les familles des deux époux seront consultées sur la manière de pourvoir au logement et à l'éducation des enfants.

---

9 *Fenet*, *Trav. prép.*, *p.* 486. } Quant aux enfants, la règle déjà établie de leur plus grand avantage doit être constamment suivie ; l'époux demandeur qui a obtenu le divorce est présumé sans reproche : c'est donc à lui, en général, que doivent être confiés les enfants ; mais l'application stricte de cette règle, pourrait, dans bien des circonstances, ne leur être pas avantageuse. Il faut donc que le tribunal soit libre de les confier, lorsqu'il le jugera convenable, aux soins de l'un ou de l'autre époux, et même d'une tierce personne ; les pères et mères conserveront cependant toujours une surveillance de l'entretien et de l'éducation ; ils y contribueront en proportion de leurs facultés ; ils ont cessé d'être époux, ils n'ont pas cessé d'être pères.

---

* *Massol*, *pp.* 321-322. } Quelques auteurs enseignent que l'article 302 ne doit pas régir la séparation de corps d'une manière absolue ; ainsi, ils soutiennent que le mari qui l'a

obtenue ne peut jamais être privé du droit de garder les enfants, et que s'il a même succombé dans une instance de cette nature, que sa femme dirigeait contre lui, il pourra obtenir l'administration de ses enfants, et il ne sera pas nécessaire que le ministère public et la famille le requièrent. Ce tempérament, apporté de l'art. 302, nous semble devoir être rejeté: parce que gain de cause a été accordé au mari demandeur en séparation de corps cela ne prouve point qu'il soit capable de donner aux enfants une bonne éducation. Il est possible que son travail et ses occupations ne lui permettent pas de les surveiller; il est possible que ses torts, quoique moins graves et moins nombreux que ceux de sa femme, s'opposent néanmoins à ce qu'on ait en lui une confiance entière. Alors, pourquoi ne pas accepter les bons offices d'une autre personne dont la moralité et l'intelligence présentent les garanties désirables? Ainsi, nous persistons à croire que si l'avantage des enfans le prescrit, le tribunal requis à cet égard sera maître d'attribuer leur garde à tel individu qu'il choisira.

---

* 1 *Paillet, Manuel, p.* 111. } Les enfans sont confiés à l'époux demandeur, dans le cas de séparation de corps, comme dans celui de divorce. L'art. 302 s'applique à la séparation de corps. Il est laissé au pouvoir discrétionnaire des juges de décider auquel des deux époux les enfants doivent être confiés, ou s'ils doivent être confiés à une tierce personne, lorsque la moralité des époux ne peut être pour les enfants qu'un sujet de scandale.

---

* 2 *Duranton, No.* 636. } Ainsi quoique placés sous les chapitres qui traitent du divorce, ces articles (302 et 303) s'appliquent à la séparation de corps.

---

* *C. L.* 153. } Dans tous les cas où la séparation est prononcée, les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu cette séparation, à moins que le juge n'ordonne, d'après l'avis de l'assemblée de famille, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins de l'autre époux.

---

* *C. N.* 302. } Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

---

215. Quelle que soit la personne à laquelle les enfans sont confiés, les pères et mères conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

215. Whoever may be entrusted with the care of the children, the father and mother respectively retain the right of watching over their maintenance and education, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

---

* 2 *Pigeau, p.* 233. } A l'égard de la manière dont les parents pourvoiront à la nourriture et l'éducation des enfants, on les y fait contribuer suivant leurs facultés, de manière que si l'un d'eux n'était pas en état, l'autre serait tenu d'y pourvoir seul ; la nature leur faisant de ce devoir une obligation solidaire.

Si l'on ne peut reprocher de dissipation au mari, on l'autorise à garder une portion, que l'on fixe, des reprises de la femme, dont il ne paiera pas l'intérêt, à la charge que la

jouissance de cette somme lui tiendra lieu de toute contribution de la part de la mère.

Lorsqu'il s'agit de marier un des enfans, le consentement du père suffit ; il n'est pas besoin de celui de la mère... parce que la séparation ne privant pas le mari de la supériorité de lumières qui lui a fait confier le régime de la société conjugale, et l'autorité sur les enfans, cette autorité doit toujours être la même, puisque le principe n'en est point altéré. Cependant il est à propos, pour éviter toutes difficultés, de requérir le consentement de la mère.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *pp.* 140-141. } Le divorce ne détruit, ni les droits des père et mère sur leurs enfans, ni les devoirs respectifs des uns envers les autres. Il est donc juste, qu'ils conservent l'inspection et la surveillance, que la nature leur attribue autant que la loi ; et même avant elle. Cependant, il faut que celui, à qui les enfans sont confiés, ait, à cet égard, le pouvoir prépondérant ; autrement il y aurait anarchie ; et les enfans n'obéiraient plus à personne.

Quant à la proportion dans laquelle chacun des pères et mère doit contribuer aux frais de l'éducation, et de l'entretien des enfans, il est évident qu'elle dépend de l'étendue de leurs facultés. Celui qui a plus de fortune, doit supporter une part plus forte ; et même la totalité, si l'un est riche, et que l'autre soit sans biens.

En général, à moins qu'il n'y ait des raisons d'en user autrement, les enfans doivent être placés chez celui de leur père et mère qui est le plus riche. Ils y seront toujours mieux que partout ailleurs, quelque pension qu'on leur assigne.

---

* *C. N.*, 303. } Quelle que soit la personne à laquelle les enfans seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfans, et seront tenus d'y contribuer, à proportion de leurs facultés.

216. La séparation de corps admise en justice ne prive les enfants nés du mariage d'aucun des avantages qui leur sont assurés par la loi ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y a d'ouverture à ces droits que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils seraient ouverts s'il n'y avait point eu de séparation.

216. Separation from bed and board judicially declared does not deprive the children, issue of the marriage, of any of the advantages allowed them by law or by the marriage covenants of their father and mother ; but these rights only become open in the same way and under the same circumstances as if there had been no such separation.

---

* *4 Pandectes Frs., p. 142 sur art. 304.* } Cet art. n'a pas besoin d'explication. Il ne signifie autre chose, sinon que les droits des enfants ne s'ouvriront que par la mort naturelle ou civile, d'un des époux divorcés ; et qu'à leur égard, le mariage, quoique dissout, est regardé comme subsistant.

---

* *C. N.,* 304. } La dissolution du mariage, par le divorce admis en justice, ne privera les enfants, nés de ce mariage, d'aucun des avantages, qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfans, que de la même manière, et dans les mêmes circonstances, où ils se seraient ouverts, s'il n'y avait point eu divorce.

---

217. Les époux séparés de corps, pour quelque cause que ce soit, peuvent toujours se réunir et par là faire cesser les effets de la séparation.

217. Husband and wife thus separated, for any cause whatever, may at any time reunite and thereby put an end to the effects of the separation.

[ARTICLE 217.]

Par cette réunion, le mari reprend tous les droits sur la personne et les biens de sa femme; la communauté de biens est rétablie de plein droit et considérée, pour l'avenir, comme n'ayant jamais été dissoute.

By such reunion, the husband reassumes all his rights over the person and property of his wife, the community of property is re-established of right and, for the future, is considered as never having been dissolved.

---

* *Pothier, Mariage, No.* 524. } Tous les effets de la séparation cessent lorsque la femme séparée d'habitation, est volontairement retournée avec son mari. Le mari rentre dans tous ses droits sur la personne et les biens de sa femme; la communauté de biens, qui était entre les conjoints, est rétablie de plein droit, tout ce qui a été acquis de part et d'autre, pendant que la séparation a duré, y entre comme si elle n'avait jamais été dissoute, et la séparation d'habitation, quelqu'exécution qu'elle ait eue, et quelque long temps qu'elle ait duré, est regardée comme non avenue; sauf que les actes faits par la femme pendant que la séparation a duré, subsistent lorsque ce sont des actes que la séparation lui donnait droit de faire, tels que sont des baux de ses biens, etc.

---

* 2 *Pigeau, p.* 234. } Lorsque les époux se réconcilient, la séparation de corps est annéantie, ainsi que la séparation de biens, et tout ce qui est prononcé par suite de cette séparation de corps; cependant si la séparation de biens a été prononcée en même temps par raison d'inconduite et péril où était la dot, on peut convenir que nonobstant la réconciliation elle subsistera.

V. C. C. B. C., arts. 1320, 1321, 1322

TITRE SEPTIÈME.

DE LA FILIATION.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES. Par filiation l'on entend l'état d'une personne considérée comme enfant dans ses rapports avec son père et sa mère. D'après cette dé-définition, qui est de Demolombe, prouver la filiation de quelqu'un, c'est établir de quel père et de quelle mère il est né ; en d'autres termes, c'est établir le rapport de génération qui existe entre l'enfant et son père et sa mère.

Suivant ces définitions, notre rubrique (*de la filiation*), plus laconique que celle du Code (*de la paternité et de la filiation*), est en même temps plus complète et plus exacte, en ce qu'elle s'étend, naturellement et sans fiction, à la mère aussi bien qu'au père, à la maternité comme à la paternité, ce qui n'est pas également le cas avec celle adoptée par le code.

La filiation est mixte (naturelle et légale en même temps) ou bien naturelle seulement. La première appelée légitime est celle qui provient du mariage ; le seconde est celle des enfants nés hors mariage.

Le Code Napoléon en reconnait une troisième nommée civile, qui n'est autre chose que l'adoption, laquelle n'existe pas dans notre droit, et est en conséquence omise dans ce travail, quoiqu'au Code elle fasse le sujet d'un titre particulier (titre VIII), intitulé : "De l'Adoption."

Le nôtre se compose de trois chapitres traitant, l'un de la filiation des enfants légitimes, un autre des moyens de la prouver, et le troisième de celle des enfants naturels.

CHAPITRE I.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU CONÇUS PENDANT LE MARIAGE.

Au Code Napoléon, ce chapitre est intitulé : "De la filiation des enfants légitimes ou *nés* pendant le mariage." Cet intitulé est inexact, car ce n'est pas tant l'enfant qui nait durant le

mariage qui est légitime, que celui qui est conçu en mariage, puisque celui ainsi conçu est légitime, quoique né après la dissolution du mariage. C'est la conception et non la naissance pendant le mariage qui est le principe de la légitimité. Ce n'est que par une disposition de droit positif que la naissance en mariage fait présumer la légitimité. Cette rubrique inexacte, justement critiquée par les commentateurs, a été changée et celle qui se trouve en tête du présent chapitre a été adoptée.

L'enfant conçu pendant le mariage est présumé légitime et avoir le mari pour père. Est réputé conçu pendant le mariage, l'enfant né le ou après 180e jour du mariage, ou dans les 300 jours après la dissolution (218).

Cet article imité du Code Napoléon (art. 312), avec quelque changement dans l'arrangement et la rédaction, est fondé sur la supposition adoptée comme loi générale, que la gestation la plus longue n'excède pas trois cents jours, et que la plus courte n'est pas moindre de 180, règle naturellement arbitraire et douteuse, mais que l'intérêt de l'enfant surtout, a fait adopter. C'est pour sauvegarder cet intérêt que le mari ne peut désavouer l'enfant, qu'en autant qu'il y a impossibilité physique qu'il soit de lui. L'adultère de la femme n'est pas un motif suffisant qui l'y autorise ; le désaveu lui est cependant permis, si la naissance lui a été cachée. Dans ce cas, il est admis à prouver qu'il ne peut en être le père (219).

L'impuissance même du mari, soit naturelle soit accidentelle, ne peut, dans aucun cas, justifier le désaveu, si elle existait lors du mariage ; mais le désaveu lui est permis, si, par impuissance survenue depuis, par éloignement ou autre empêchement, il y a impossibilité physique qu'il soit le père (220).

Cet article doit être considéré en connection avec l'article 117, titre V, Du Mariage, qui détermine sous quelles circonstances l'impuissance est admise, comme cause de nullité au mariage ; il faut qu'elle existe lors de la célébration et qu'elle soit apparente et manifeste. Une semblable impuis-

sance, qu'il ne pouvait ignorer, ne peut jamais être pour le mari un motif de désaveu ; le lui permettre pour cette cause, serait l'autoriser à se prévaloir de sa propre turpitude pour déshonorer la mère et l'enfant. Il en est autrement de celle survenue accidentellement depuis ; celle-là, comme toute autre impossibilité physique, peut être invoquée pour repousser la paternité qu'on voudrait lui attribuer.

Cet article imité pour partie du Code Napoléon, (art. 313), a été refondu et mis plus d'accord avec l'ancienne jurisprudence sur le sujet de l'impuissance, qui, comme il a déjà été dit (tit. V, art. 117), n'est plus en France une cause de nullité.

Il y a présomption d'illégitimité et partant ouverture au désaveu, si la naissance a lieu avant le 180e jour du mariage (221).

Cette présomption disparaît, et avec elle le droit de désavouer, si le mari a connu la grossesse avant le mariage, s'il a assisté à l'acte de naissancé, ou si l'enfant est né non-viable (222).

Un article copié de l'article 315 du Code Napoléon, a été omis comme suppléé par l'article 227 de ce titre.

Quelle que soit la cause du désaveu, il doit être fait sous les délais déterminés par l'article 223, qui est de nouveau droit, mais conforme au Code Napoléon, art. 316, et à celui de la Louisiane, art. 210. La raison de fixer ces délais est qu'il ne convient pas que l'état des enfants soit laissé longtemps incertain. Il en est ainsi et pour les mêmes raisons de l'article 224, qui fixe aussi les délais sous lesquels les héritiers du mari sont tenus de faire leur contestation dans les cas où elle leur est permise.

Au reste, dans tous les cas de désaveu, l'action, à laquelle la mère vivante doit être appelée, se dirige contre le tuteur ou contre un tuteur *ad hoc*, si l'enfant est mineur (225).

Toutes ces requisitions sont de rigueur. Si les désaveux ne sont pas faits dans le temps et suivant le mode voulu, l'enfant que l'on aurait pu désavouer est tenu pour légitime (226).

Cet article qui est nouveau, est la conclusion tirée des articles précédents et est fondé sur la raison déjà donnée, qu'il doit y avoir un terme après lequel l'état de l'enfant doit cesser d'être attaquable.

Quant à l'enfant qui est né après le 300e jour du mariage, il n'est pas besoin de désaveu, il est, de droit, réputé n'en être pas issu, il est illégitime (227).

Cet article qui est conforme à la règle posée en l'art. 218, qui ne répute conçu pendant le mariage que l'enfant né dans les 300 jours de la dissolution, est copié de l'art. 315 du Code Napoléon, et est conforme à l'ancienne jurisprudence.

CHAPITRE II.

DE LA PREUVE DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

La filiation des enfants légitimes se prouve par l'acte de naissance, s'il se trouve (228), sinon la possession d'état suffit (229). Cette possession s'établit, suivant les circonstances, d'après les faits tendant à faire croire, dans le public et dans la famille, que l'enfant dont il s'agit est né de telle personne. Cette possession, lorsqu'elle est conforme au titre de naissance, fixe irrévocablement l'état de l'individu chez qui elle se rencontre ; personne ne peut lui contester cet état, et lui-même il n'en peut réclamer un autre (230 et 231).

Ce n'est qu'à défaut de titre et de possession, que la filiation peut se prouver par témoins, encore faut-il qu'il y ait un commencement de preuve par écrit (232), résultant de papiers de famille, d'actes publics et même privés, ou qu'il existe de graves présomptions ou indices tirés de faits constants (233).

Ceux qui contestent cette preuve sont admis à prouver que l'enfant n'a pas la mère qu'il réclame, ou, si la maternité est établie, qu'il n'a pas pour père le mari de la mère (234).

L'enfant lui-même est toujours à temps pour réclamer son état (235) ; contre lui la prescription ne court pas ; mais à l'égard de ses héritiers, ils ne sont admis à réclamer que

dans le cas où il serait décédé mineur, ou dans les cinq ans du jour de sa majorité. Ils peuvent cependant reprendre l'instance dans l'action commencée (236).

Un article a été omis, vu qu'il établissait contre ces sortes d'actions une certaine péremption d'instance qu'il est mieux de laisser aux règles générales sur ce sujet.

Les articles de ce chapitre, conforme au droit ancien et au nouveau, sont sans difficultés.

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

Ce chapitre, au Code Napoléon, se divise en deux sections, l'une intitulée: "De la légitimation *des enfants naturels*," comprend les articles 331, 332, 333, qui correspondent aux articles 237, 238 et 239 de notre présent titre; la seconde dont la rubrique est "De la reconnaissance des enfants naturels," se compose des articles (au Code Napoléon) de 334 à 342; les six premiers (334 à 339) règlent la forme, l'effet et l'étendue de cette reconnaissance, qui y est regardée comme un mode particulier de légitimation. Or, cette reconnaissance, comme moyen de légitimation, n'étant pas admise dans notre droit, et son introduction ne paraissant pas désirable, dans l'opinion des Commissaires, ces six articles sont entièrement omis. Quant aux autres (340, 341, 342), dont quelques-uns contiennent des dispositions nouvelles, ils sont modifiés de manière à les faire cadrer avec notre droit actuel, et ainsi ils complètent le présent chapitre III dont la division en sections a paru inutile.]

Les enfants naturels, pourvu qu'ils ne soient pas incestueux ni adultérins, sont légitimes par le mariage que contractent subséquemment leur père et leur mère (237).

Cette légitimation, qui est particulièrement en faveur des enfants, s'effectue de plein droit par le fait seul du mariage, indépendamment de la volonté ou d'aucun acte des parents, qui ne pourraient même l'empêcher quand ils le voudraient. Telle est la doctrine de l'ancien droit, différente de celle du Code Napoléon, lequel (art. 331) subordonne cette légitimation à la reconnaissance des enfants que les parents auront faite légalement avant le mariage ou lors de sa célébration; condition nouvelle, étrangère à notre droit qui n'admet pas cette reconnaissance, comme il vient d'être dit.

Cette légitimation s'étend aux descendants des enfants naturels décédés avant le mariage qui l'a produite (238), et confère à ceux qui l'obtiennent les droits qu'ils auraient eus s'ils fussent nés de ce mariage (239).

Quoique la reconnaissance, par le père ou la mère, n'ait pas l'effet de légitimer leur enfant naturel (ce que déclarait un article omis comme inutile), cependant cette reconnaissance, volontaire ou forcée, donne à l'enfant droit d'exiger des aliments de l'un ou de l'autre, suivant les circonstances (240). A cet effet, l'article 241 permet à l'enfant naturel de faire déclarer, par action, quel est son père et quelle est sa mère; c'est ce que notre article appelle "la recherche de la paternité et de la maternité," qui, permise de tout temps par l'ancienne jurisprudence française, a été abolie par le Code Napoléon, qui, dans l'art. 340, déclare que cette recherche est interdite; ce qui met fin aux actions en déclaration de paternité, si bien connues dans notre droit, auquel, sous ce rapport, l'on ne croit pas expédient de déroger.

Un article relatif à la recherche de la maternité a été omis, les dispositions qu'il contient ayant été incorporées dans le précédent.

TITRE SEPTIÈME.

DE LA FILIATION.

—

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANS LÉGITIMES OU CONÇUS PENDANT LE MARIAGE.

218. L'enfant conçu pendant le mariage est légitime et a pour père le mari.

L'enfant né le ou après le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage, ou dans les trois cents jours après sa dissolution, est tenu pour conçu pendant le mariage.

TITLE SEVENTH.

OF FILIATION.

—

CHAPTER FIRST.

OF THE FILIATION OF CHILDREN WHO ARE LEGITIMATE OR CONCEIVED DURING MARRIAGE.

218. A child conceived during marriage is legitimate and is held to be the child of the husband.

A child born on or after the one hundred and eightieth day after the marriage was solemnized, or within three hundred days after its dissolution, is held to have been conceived during marriage.

---

5 *Demolombe*, *p*. 1. } La *filiation* est l'état d'une personne, considérée comme enfant dans ses rapports avec son père ou avec sa mère.

Les mots *paternité* et *maternité* expriment les mêmes rapports considérés dans la personne soit du père, soit de la mère.

Notre *rubrique* eût donc été plus complète en ajoutant : de la paternité, *de la maternité* et de la filiation ; et même plus brève et non moins complète en se bornant à ce mot, qui seul eût tout dit : *de la filiation*. Car c'est le même lien qui unit l'enfant au père et à la mère, comme réciproquement le père et la mère à l'enfant ; et il est impossible de concevoir l'idée de *filiation* séparée de ces termes essentiellement corrélatifs : *la paternité*, *la maternité*.

[ARTICLE 218.]

2 *Boileux*, p. 172. } Les mots *paternité* et *filiation* expriment l'un la qualité de père, l'autre la qualité de fils : en d'autres termes, le rapport de génération qui existe entre l'enfant et ses père et mère.

Occupons-nous d'abord de la filiation des *enfants légitimes*

La qualification *d'enfant légitime* suppose que l'enfant est issu du mariage ; par conséquent, celui qui réclame le bénéfice de la légitimité doit prouver deux choses ; 1° le mariage de ses père et mère ; 2° la filiation. La question de filiation doit seule nous occuper ici.

Pour connaître la filiation d'un enfant, c'est l'époque de sa conception qu'il faut considérer, car l'enfant vit dans le sein de sa mère : tout à cet égard, repose sur des probabilités ; le législateur s'est borné à déterminer, d'après l'avis des gens de l'art, les limites extrêmes de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue : il a fixé, pour le premier cas 189 jours, et pour le second 300 jours.

Pour que l'enfant né pendant le mariage soit réputé légitime, il faut, dès lors, que la co-habitation ait été possible avant le 180e jour de la naissance.

Observons ici que la loi ne compte point par heure (*de momento ad momentum*), mais par jour (*de die ad diem*), et que le jour légal est de 24 heures, de minuit à minuit.

Le jour *a quo*, c'est-à-dire, le jour auquel il faut remonter pour faire le calcul du temps de la gestation, le point de départ, est compris dans le terme. Le jour *ad quem*, c'est-à-dire, le jour de la naissance n'y est pas compris. Ainsi la gestation la plus courte est de 179 jours pleins, plus deux fractions ; et la gestation la plus longue, de 299 jours pleins, plus deux fractions.

---

2 *Marcadé*, p. 2. } L'enfant vraiment légitime est toujours et uniquement, celui qui est conçu des œuvres de deux individus mariés au moment de la concep-

tion. Donc, pour savoir si un enfant qui arrive au monde est ou non légitime, il y aurait trois choses à faire : 1o. rechercher l'époque de la conception ; 2o. regarder si à cette époque la mère qui vient d'accoucher était mariée ; 3o. voir si celui qui alors était son mari est bien le père de l'enfant. Or, de ces trois choses, il en est deux que la nature nous met dans l'impossibilité de connaître avec certitude ; car s'il est facile de savoir que telle femme est accouchée de tel enfant et que cette femme était mariée à telle époque, il ne nous est pas donné de savoir à quelle époque précise cet enfant a été conçu, ni quel homme l'a engendré. C'étaient donc de simples présomptions qu'il fallait ériger ici en règles. C'est ce que fait notre article.

Il déclare d'abord que, quand une femme est mariée au moment qu'elle conçoit, le mari de cette femme est le père de l'enfant. Et, en effet, le crime étant une exception et ne pouvant pas, dès lors, se supposer, comme principe, le devoir de fidélité conjugale doit faire admettre, jusqu'à preuve contraire, que l'enfant appartient au mari. De même donc que la loi romaine disait : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* (Dig., l. 2, t. 4, 5.), notre Code proclame que " l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Voyez aussi les autorités sous l'article 219.

---

219. Le mari ne peut désavouer cet enfant, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui en ait été cachée ; auquel cas il est admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père.

219. The husband cannot disown such a child even for adultery unless its birth has been concealed from him ; in which case he is allowed to set up all the facts tending to establish that he is not the father.

[ARTICLE 219.]

* *ff. De his qui sui vel alieni juris sunt, lib.* 1, *Tit.* 6, *l.* 6. } Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratiâ, per decennium, reversum anniculum invenisse in domo suâ: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, Julianus ait, eum, qui cum uxore suâ assiduè moratus noüit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scœvola probat, si constet maritum aliquandiù cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel aliâ causâ; vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit : hunc qui in domo natus est, licèt vicinis scientibus, filium non esse.

---

* *ff. Ad legem Juliam de adulter coercendis, lib. XLVIII, Tit. V, l. II.* § 9. } ...Non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti præjudicat : cùm possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

---

* 8 *Nouveau Denisart, p.* 2 *et suiv.* } On nomme *questions d'état* les questions relatives à l'état des hommes.

Le mot *état* signifie en général la condition des personnes, sous quelque rapport qu'on les considère ; il s'applique dans l'expression *questions d'état* à ce qui constitue principalement la condition des personnes, c'est-à-dire, à la liberté, aux droits de citoyen, à la vie civile, au lien du mariage, aux droits de famille.

Id., p. 3. } La filiation a pour fondement la naissance que nous recevons de nos père et mère ; la nature et la loi se réunissent pour en administrer la preuve.

" L'état des hommes, disait M. l'avocat-général de Saint-Fargeau, dans la cause des enfans des sieur et dame Simonet, n'est pas moins l'ouvrage de la loi que celui de la nature,

[ARTICLE 219.]

La nature les met au monde ; la loi les place dans la société : et si les relations qu'opère la nature entre les père et mère et leurs enfants, sont plus intimes et plus tendres, les relations qu'établit entr'eux la loi sont plus nombreuses et plus apparentes."

" La nature réduit les droits de parenté à la liaison du sang, aux offices mutuels. La loi étend les droits de famille à la succession du nom, des biens, de la noblesse, quelquefois même des dignités. Tant de prérogatives attachées à l'origine, forment ce qu'on appelle état dans l'ordre de la vie civile. Cet état a pour fondement notre naissance d'un tel père et d'une telle mère. La nature indique la mère par les symtômes de la grossesse, par les travaux de l'enfantement, mais elle répand sur la paternité des ténèbres impénétrables... La mère seule peut être assurée par sa conduite de l'auteur de sa fécondité. Mais cette certitude, qui lui est personnelle, est incommunicable à tout autre qu'à elle-même. Les étrangers, les parens, pourraient toujours ignorer ou feindre d'ignorer la paternité ; le père lui-même pourrait, au gré de son caprice, méconnaître son propre sang, si l'on n'eût pas établi des règles pour fixer cette incertitude et prévenir ces abus : il a fallu se contenter d'une présomption légale dont on a fait la base de l'état."

Lorsque la mère est engagée dans les liens du mariage, son mari est présumé le père des enfans nés pendant leur union ; le mariage opère une présomption légale de sa paternité.

Cette maxime exprimée avec la plus grande énergie dans la loi 5 *ff. de in jus vocando*, en ces termes : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Vainement objecterait-on qu'elle est prise dans les lois romaines, qui n'ont pas force de loi parmi nous. Nos lois, notre jurisprudence l'ont adoptée et l'ont revêtue de toute

leur autorité. C'est une présomption pleine et entière qui ne peut être détruite que par la force de l'évidence."

Ainsi deux principes qu'il ne faut jamais perdre de vue: toutes les fois que l'évidence du fait détruit nécessairement la présomption légale, la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, demeure sans effet. Toutes les fois que l'évidence ne lui est point directement opposée, on ne saurait secouer son joug.

Quels sont les cas où, malgré la présomption résultante du mariage, il est évident que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant qu'elle a mis au monde ?

Quelques réflexions sur le fondement principal de cette présomption, pourront nous donner des lumières sur cette question importante.

La règle que le mari est le père des enfants nés pendant l'union conjugale est fondée sur deux présomptions : l'une, qu'au temps de la conception, les époux ont rempli la fin du mariage; l'autre, que la mère ne s'est pas écartée de son devoir ; et ces deux présomptions réunies ne permettent pas de douter que l'enfant qu'elle porte dans son sein, ne soit le fruit de l'union conjugale.

De ces deux présomption, la première est essentielle : car si les époux n'ont pas rempli la fin du mariage à l'époque de la conception, l'enfant ne doit le jour qu'au crime de sa mère.

La seconde présomption de la bonne conduite de la mère n'est pas absolument nécessaire pour assurer l'état des enfants ; quand même elle viendrait à manquer, la première suffit. La mauvaise conduite de la mère n'empêche pas que son enfant ne soit présumé être le fils du mari, toutes les fois qu'on peut présumer leur cohabitation. Lorsque d'après les circonstances il y a lieu de douter si l'enfant doit le jour au mari, ou à une autre personne, la loi le présume légitime.

" La loi, dit M. D'Aguesseau en parlant de la conduite de la

mère (t. 3 *p.* 180), ne présume jamais le crime. Toujours favorable à l'innocence, quand un même effet peut avoir deux causes, l'une injuste, l'autre juste et légitime, elle rejette absolument la première pour s'attacher uniquement à la dernière."

"Ainsi, quoiqu'il puisse arriver qu'un enfant conçu dans le temps du mariage soit redevable de la vie au seul crime de sa mère, cependant, parcequ'il peut se faire aussi qu'il ne la doive qu'à l'union honorable d'une femme avec son mari, on présume toujours que la mère est innocente et le fils légitime ju'qu'à ce que le contraire soit démontré par des preuves évidentes."

La règle que le mari de la mère est le père de l'enfant qu'elle met au monde pendant son mariage, ayant pour fondement essentiel la présomption qu'au temps de la conception les époux ont rempli la fin du mariage, ne peut pas recevoir son application dans le cas où la conception est antérieure au mariage.

D'après ces réflexions, voyons quels sont les cas où, malgré la présomption résultante du mariage, il est reconnu à cause de l'évidence du fait, que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant conçu pendant le mariage ?

La loi 6 *ff. de his qui sui vel alieni juris sunt*, admet quatre exceptions, fondées toutes les quatre sur l'évidence de ce fait :

1o. L'impuissance absolue et perpétuelle du mari : *si ea valetudine pater familias fuit ut generare non possit.* (Voyez C. C. B. C, arts. 117 et 220.)

2o. L'éloignement des deux époux, pendant lequel la femme est devenue enceinte ; mais si l'éloignement n'est pas considérable, ou que les époux aient pu se rapprocher, alors il ne détruit pas la présomption de paternité. Tel est le cas où les époux auraient vécu dans le royaume à vingt, trente ou quarante lieues l'un de l'autre.

3o. L'impuissance passagère à cause d'une maladie grave survenue au mari.

4o. Toute autre circonstance qui prouve que le mari ne s'est pas approché de sa femme.

Le fait qu'à l'époque de la conception les époux n'ont pas rempli la fin du mariage, est un fait négatif qui ne peut s'établir directement par lui-même. Il s'établit indirectement en prouvant l'impossibilité du fait contraire.

Nous connaissons, par rapport aux faits qui dépendent de la volonté des hommes deux sortes d'impossibilités; l'impossibilité physique, l'impossibilité morale. Toutes les fois qu'il y a impossibilité physique des approches du mari, la règle n'a pas son application. Les trois premières exceptions de la loi, l'impuissance, l'absence, la maladie, sont dans le cas de l'impossibilité physique. La dernière exception qui comprend généralement toutes circonstances qui prouvent que le mari n'a pas rempli la fin du mariage, sans en détailler aucune, suppose-t-elle une impossibilité physique, ou seulement une impossibilité morale. C'est ce que la loi n'explique pas. Le titre du digeste *de agnoscendis et alendis liberis*, parle des circonstances dans lesquelles le mari qui a répudié sa femme, n'est pas tenu de reconnaître l'enfant dont elle se trouvait enceinte au moment du divorce. On ne trouve dans ce titre aucune loi qui puisse démontrer que les romains n'admettaient pas l'impossibilité morale comme faisant exception à la règle : *Pater is*, *etc.*

Quant à l'impossibilité morale, nous pensons qu'il faut la rejeter, et n'admettre d'autre exception à cette règle que l'impossibilité physique. La présomption de paternité résultante du mariage, est une présomption de droit établie par la loi; elle vaut preuve jusqu'à la preuve évidente du contraire. Elle peut être affaiblie par les circonstances particulières de l'espèce; mais malgré son affaiblissement, considérée comme présomption morale, elle reste toujours présomption

légale. Elle fait l'office de preuve. L'impossibilité morale peut bien l'affaiblir ; mais elle ne peut jamais établir l'évidence du fait contraire. Ainsi elle ne peut suffire pour empêcher l'application de la règle. Disons donc avec M. D'Aguesseau dans la cause du sieur de Vinantes, que *l'impossibilité physique* des approches du mari est le seul cas d'exception à la règle.

Néanmoins, lorsque les deux époux ont vécu dans une séparation totale l'un de l'autre, il peut se rencontrer un amas de circonstances particulières, qui, sans établir l'impossibilité physique, sont si défavorables à légitimité, qu'il n'est pas étonnant que quelques arrêts se soient écartés de la rigueur de la règle à laquelle il serait mieux de se tenir, et aient refusé de reconnaître pour enfans du mari les enfans de la femme, conçus pendant le mariage, quoique dans l'espèce il n'y eût pas impossibilité physique des approches du mari. De ce nombre sont: 1o. Un arrêt du 1 Décembre 1701, rapporté dans les causes célèbres par Richer, tôm. 5, p. 254-500. 2o. L'arrêt rendu le 11 Juin 1779, dans la cause de Rémi Raillard. 3o. L'arrêt rendu le 11 Juin 1779, dans la cause des filles Beauce. 4o. Un arrêt rendu au parlement de Rouen, le 12 Août 1779. Les espèces de ces trois derniers arrêts sont rapportés : *Denisart*, *t.* 8, § *VII*, *Nos.* 6, 11 *et* 12. *Vo. Etat.*

Nous venons d'examiner quelle présomption assure la paternité lorsque la mère est engagée dans les liens d'un mariage valable. Il peut arriver que son mariage soit nul par le défaut de quelques formalités. Alors il ne laisse pas de présumer la paternité, tant qu'il paraît subsister. La nullité reconnue du mariage fait bien évanouir la prétendue légitimité ; mais la parenté *naturelle* subsiste toujours. Il y a même des occasions où les enfants conservent la légitimité : c'est lorsque le mariage nul jouit des effets civils, à cause de la bonne foi des contractans.

[ARTICLE 219.]

* 3 *Bretonnier sur Henrys*, *liv.* 6, *ch.* 5, *quest.* 38, *pp.* 850 *à* 854. } Il suffit qu'un enfant soit né pendant le mariage pour être né légitime.

L'auteur établit que tous les enfans qui naissent pendant le mariage, sont réputés légitimes et capables de recueillir la succession de leur père, sans que les héritiers présomptifs puissent être recevables à contester leur état. Il rapporte un arrêt rendu à l'audience de la Grand'Chambre sur un appel du Sénéchal de Lyon qui l'a ainsi jugé. C'est une maxime certaine dans toutes sortes de jurisprudence, que les enfans nés pendant le mariage, sont réputés légitimes suivant cette règle de droit, *filius est quem nuptiæ demonstrant.* Cette loi politique assure l'état des enfans, le repos des familles et l'honneur des mariages contre les différentes passions des pères et mères, qui, par caprice, par faiblesse ou par dureté, voudraient rendre la condition de leurs enfants douteuse et incertaine.

Mais cette règle quoiqu'elle soit l'une des plus certaines de la jurisprudence, souffre néanmoins deux exceptions, qui sont écrites dans la Loi *filium ff. de his qui sui vel alieni juris sunt.*

La première, si le mari a été absent d'une absence si longue et si certaine, qu'il soit impossible qu'il ait eu commerce avec sa femme.

La seconde, si le mari est dans un état à ne pouvoir avoir des enfants ; mais il faut que ce soit une impuissance bien établie : car la déclaration du mari d'être impuissant, n'est pas seule suffisante, ainsi que notre auteur l'établit dans son 6e. plaidoyer, et comme il a été jugé par deux arrêts, l'un du 5 juillet 1655, l'autre du 31 mars 1678, le premier rapporté dans le Journal des Audiences tôm. 1, liv. 8, ch. 22, l'autre dans le Journal du Palais.

Mais hors les deux exceptions marquées dans la loi *filium*, tous les enfans qui naissent pendant le mariage, sont censés

légitimes, et leur état ne peut être contesté, quelques présomptions violentes que l'on puisse apporter contre la fidélité de leur mère, quand même le mari aurait formé une accusation d'adultère contre sa femme suivant la loi *II*, § 9, *ff. ad leg. Jul. de adult.*

La déclaration de la mère faite en jugement et avec serment, que ses enfans ne sont pas légitimes, ne fait point de préjudice à leur état, *matris jusjurandum partui non nocet, leg.* 3, § 3, *in fine ff. de jurejur.*

La déclaration du père et de la mère ensemble, ne peut non plus faire aucun préjudice à l'état de leurs enfans, selon la Loi *non nudis* 14 au Code *de probat.* La jurisprudence est conforme à ces lois, suivants les arrêts rapportés par Charondas, dans ses réponses, Liv. 6, réponse 53; par M. Boyer, quest. 299; M. Papon, dans ses arrêts, liv. 22, tit. 9, art. 13; M. Cambolas, Liv. 3, ch. 22, nomb. 2; M. Bardet, tôm. 1, Liv. 1, ch. 82; M. Le Brun, Liv. 1, ch. 4, sec. 2 et M. Desmaisons, dans ses arrêts, lett. A, arr. 1 et lett. B, art. 2; Soëve, tôm. 2, Cent. 2, ch. 100; Journal des Audiences, tôm. 2, Liv. 3, chap. 15, et Liv. 6, ch. 7.

---

* *Lebrun, Success. liv.* 1, *ch.* 4, *sec.* 2, *no.* 6, *p.* 52. } La preuve de l'adultère ne donne pas d'atteinte à l'état des enfans, ils peuvent être légitimes, quoique nés d'une mère adultère : et dans le doute, l'on juge en faveur de leur état. Nous en avons une disposition précise en la loi *Miles* 11, §. *quæ propter.* 9, *ff. ad leg. Jul. de adul.*

---

* 2 *Toullier, No.* 789. } La présomption de la fidélité de l'épouse n'est pas absolument nécessaire pour assurer l'état civil des enfans; quand cette seconde présomption manquerait, la première suffit. La mauvaise conduite de la femme n'empêche pas que son enfant ne soit

censé être le fils du mari, toutes les fois qu'on peut présumer leur cohabitation. Lorsque des circonstances donnent lieu de douter si l'enfant doit la vie au mari ou à un étranger, la loi se déclare en faveur de l'enfant et le présume légitime.

Ainsi quoiqu'il puisse arriver qu'un enfant, conçu dans le temps du mariage, soit redevable de la vie au seul crime de sa mère, cependant, parce qu'il peut se faire aussi qu'il ne la doive qu'à l'union honorable d'une femme avec son mari, on présume toujours que la mère est innocente et l'enfant légitime, jusqu'à ce que le contraire soit démontré par des preuves évidentes : il ne suffit donc pas de prouver l'infidélité de la mère, pour en conclure que le fils est illégitime.

La loi s'oppose à cette conséquence injuste, car il est possible que la femme soit adultère, et que le mari soit néanmoins le père de l'enfant : Cum possit et uxor adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse ; loi 2, § 9, ff. *ad leg. Jul. de adul.* Axiôme célèbre, érigé en loi par le Code Civil, art. 313.

---

* 17 *Merlin*, *vo. légitimité*, *pp.* 418-419. } Ainsi, il ne suffit pas de prouver l'infidélité de la mère, pour en conclure que le fils est illégitime ; la loi s'oppose à cette conséquence injuste. Qui oserait, en effet, dans un cas pareil, fixer l'époque de la conception, et assurer que le mari, qui a pu se livrer aux caresses de son épouse dans le temps même où elle ne rougissait pas de les partager avec un étranger, n'est pas le père de l'enfant dont l'état est contesté ? N'est-ce point là un secret impénétrable ? La nature se joue des vains raisonnements de l'homme : elle se plaît à confondre ses recherches et ses efforts ; elle ne lui permet que le doute ; et dans le doute, la loi incline toujours pour l'enfant : *In favorem prolis potiùs inclinandum.*

" L'excès n'est jamais la vérité (disait M. Duveyrier, à la séance du corps législatif, du 2 germinal an 11) ; et il était

bien de revenir avec précaution et scrupule aux lois ordinaires de la raison. A la vérité, il n'y a pas, dans la nature, impossibilité physique à ce qu'une femme infidèle doive la conception de l'enfant dont elle devient mère, au mari qu'elle hait et qu'elle évite, et non pas à l'homme dont l'amour la rend l'esclave empressée et soumise. Mais tous les calculs du raisonnement, et toutes les affections morales de la nature elle-même se révoltent contre une telle possibilité. Le doute au moins est inévitable : et disons-le sans crainte, le doute même n'existerait pas sans cette présomption de la loi, si respectable, mais qui n'exerce aucune influence sur les motifs de conviction interne. Et si ce doute déjà commandé par la loi, plutôt que par la raison, se trouve encore combattu, non par la déclaration de la mère, dont mille motifs ont pu corrompre l'intention et peuvent affaiblir l'effet, mais par un aveu tacite, spontané et continuel, bien plus fort qu'une déclaration passagère et concertée, ne serons-nous pas entraînés vers la vérité, ou du moins vers le besoin d'en chercher l'évidence? Si la femme adultère a caché à son mari sa grossesse, son accouchement, la naissance de l'enfant, le sentiment qui lui a dicté ce mystère et imposé les soins et l'embarras qu'il exige, est d'une telle prépondérance, qu'il serait injuste de ne pas l'appeler en témoignage sur la question de la véritable paternité. Une femme en ce cas, ne dit rien, ne déclare rien : au contraire elle se cache. C'est son cœur lui-même qui, malgré elle, développe ses replis les plus cachés; c'est sa conscience qui laisse échapper son plus mystérieux jugement. Elle se montre toute entière dominée par la conviction intime à laquelle elle sacrifie son propre enfant, et ce que son enfant a de plus cher, la légitimité. Alors, ce que la présomption légale du mariage peut exiger, c'est que la présomption contraire, parvenue à un si haut degré de puissance, ne suffise pas encore pour la détruire; mais on ne peut refuser au mari qui a déjà prouvé le crime de sa femme, et le

mystère dont elle a enveloppé le fruit de son crime, la faculté d'offrir à la justice les autres preuves qui peuvent compléter la démonstration et le soustraire aux charges et à la honte d'une fausse paternité.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *pp.* 186-187. } Remarquez que la loi ne dit pas, que l'enfant sera, par la réunion de ces circonstances regardé comme illégitime; mais seulement, que le mari pourra proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

Ces faits doivent être graves et décisifs. Il doit en résulter la preuve, que le mari n'est pour rien dans la conception; car s'il y a du doute, il faut toujours se tenir fermement attaché à la présomption de la loi. On ne doit pas, légèrement, priver un enfant de son état. Il est très possible qu'une femme soit par caprice, soit par haine contre son mari, cache sa grossesse, et la naissance de son enfant, quoiqu'il doive l'existence au mari. Tout cela est dans le cœur humain. Il le connaissait bien, le jurisconsulte qui a dit que la déclaration même de la mère, ne pouvait nuire à l'enfant, parce qu'on la regardait comme le fruit de la colère. Lors même que le mari et la femme se réunissent pour attester que la naissance est illégitime, ils ne peuvent nuire à l'état *ff. L.* 29, § 1, *de probat. et præsump.; Cod. eod. loc. L.* 14.

On n'avait même, autrefois, aucun égard aux autres faits qui pouvaient fortifier l'aveu, ou la déclaration de la femme et le désaveu du père, quelques vraisemblances, quelques présomptions qui puissent en résulter, contre la légitimité de l'enfant.

Aujourd'hui, on pourra prendre ces faits en considération, quand ils se trouveront joints à la circonstance, que la femme a célé sa grossesse, et la naissance de son enfant; mais ce ne doit jamais être sans de grandes précautions. On ne doit se déterminer à prononcer contre l'enfant, que quand

ces faits sont concluants, et bien prouvés. Il ne faut jamais perdre de vue que, comme le disait M. D'Aguesseau, lors de l'arrêt de 1693, la maxime : *is pater est quem nuptiæ demonstrant*, est le fondement le plus solide de la société civile ; qu'on ne peut pas s'en écarter légèrement, sans l'ébranler ; et que les arguments les plus vraisemblables ne sont pas toujours invincibles.

---

* *C. N.*, 312. } L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le tro.. centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

---

* *C. N.*, 313. } Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant ; il ne pourra le désavouer, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas, il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

---

220. Le mari ne peut non plus désavouer l'enfant, en opposant son impuissance naturelle ou accidentelle survenue avant le mariage. Le désaveu lui est cependant permis, si, pendant tout le temps où l'enfant peut légalement être présumé avoir

220. Neither can the husband disown the child on the ground of his impotency, either natural or caused by accident before the marriage. He may nevertheless disown it if, during the whole time that it may legally be presumed to have been

[ARTICLE 220.]

été conçu, le mari était, pour cause d'impuissance survenue depuis le mariage, par éloignement, ou par suite de tout autre empêchement, dans l'impossibilité physique de se rencontrer avec sa femme.

conceived, he were by reason of impotency not existing at the time of the marriage, of distance, or of any other cause, in the physical impossibility of meeting his wife.

Voyez les autorités citées sous l'art. précédent.

---

* *Lebrun, Successions, liv.* 1, *ch.* 4, *sec.* 2, *Nos.* 3 *et* 4. } L'on peut bien dire que cette règle, *filius est quem nuptiæ demonstrant*, induit une présomption parce qu'elle détermine la conscience du juge, et la décision de la loi ; mais on ne peut pas dire qu'elle soit de celles que l'on appelle *juris et de jure*, et qu'elle ne souffre point de preuves du contraire, puisque nous voyons en la loi *filium ff. de his qui sui, etc.*, qu'une absence, ou une maladie, qui ôte la faculté d'engendrer, est un juste sujet de contester l'état d'un enfant. *Sed si fingamus*, etc. Quoiqu'on doit être averti, qu'il faut que l'absence et la maladie soient telles, qu'elles produisent une impossibilité physique et morale : car autrement l'on présume volontiers pour l'honneur des femmes, et l'on présuppose que le mari absent est revenu à sa femme, quoiqu'il n'ait pas été vu, que la nature a fait effort en la personne du mari malade, et que l'un ou l'autre étant en prison, l'amour conjugal s'est fait jour, et a vaincu tous les obstacles, qui ne sont pas naturellement invincibles ; ce que j'ai vu juger à l'occasion d'une femme accusée d'adultère, qui devint grosse pendant sa prison, et cela sur le simple certificat d'un garçon géolier, qui attestait que le mari lui avait rendu visite.

L'on reçoit aussi la preuve de la supposition de part, sui-

vant la loi 1, § *ult. ff. de carbon. edict.* Cette accusation a souvent réussi, comme en la cause des sieurs Cartin et Consorts, héritiers de M. Réné Pilard, président du grenier à sel de Mayenne, contre demoiselle Marguerite de Brachet, dame de Nery, par arrêt d'audience du 21 juillet 1633, rapporté par *du Fresne*, liv. 2, ch. 114, et par M. Claude Henrys, tôme 2, liv. 6, quest. 19, et dans la fameuse histoire de Saint-Géran, préjugée par arrêt du 18 Août 1657, et décidé par arrêt définitif.

---

* 17 *Merlin, Rép., Vo. légitimité, Sec. II*, § 2, *p.* 413. } C'est aux enfans conçus et nés pendant le mariage, que s'applique dans toute sa force la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Mais cette maxime ne forme qu'une présomption ; la preuve qui en résulte, est vraisemblable ; mais elle n'est pas toujours vraie...

Quelle sorte de preuve peut-on opposer à cette présomption ?

Nous avons déjà dit que cette présomption est écrite dans la loi ; de là il résulte qu'on doit nécessairement la regarder comme légitime, disons même presque inviolable ; car on est souvent réduit à l'impossibilité de prouver le contraire ; et, dans le doute, la sagesse du législateur présume toujours en faveur de l'innocence de la mère et de l'état de l'enfant.

Cela posé, remontons aux principes concernant la nature des preuves en général. La présomption capable d'attaquer celle de la loi, doit être écrite dans la loi même ; elle doit être fondée, sur une raison infaillible, pour pouvoir détruire une probabilité aussi grande que celle qui sert de fondement à cette preuve.

Or, on ne trouve dans tout le corps du droit, que deux exceptions à la règle générale ; et toutes deux fondées sur une impossibilité physique et certaine d'admettre la présomption : elles sont proposées dans la loi 6, *ff. de his qui sui, etc.*, (*V. suprà*, art. 219.)

[ARTICLE 220.]

Il n'y a donc, suivant cette loi, que deux preuves contraires qui puissent être opposées à une présomption aussi favorable et aussi puissante. La longue absence du mari est la première ; son impuissance, soit perpétuelle soit passagère, est la seconde : la loi n'en admet, et il est évidemment impossible qu'elle en admette aucune autre, puisque, tant que l'absence ni aucun autre obstacle n'aura point séparé ceux que le mariage unit, on ne présumera jamais que celui qui est le mari, ne soit pas le véritable père. C'est ce que décide encore la loi déjà citée : *Nec tamen ferendum Julianus ait eum qui cum uxore suâ assiduè moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum.*

Nous disons d'abord que l'absence du mari fait cesser la présomption de la paternité ; et cette règle ne souffre, dans la thèse générale, aucune espèce de restriction.

Au reste, il est aisé de sentir, c'est même l'esprit de la loi dont nous venons de transcrire les termes, que l'absence du mari ne peut pas faire cesser la présomption de paternité, si elle ne réunit trois caractères, savoir, la longueur, la certitude et la continuité.

1. Il faut qu'elle soit longue, c'est-à-dire, qu'elle ait duré assez longtemps pour que la conception de l'enfant puisse se référer à une époque qui lui soit antérieure. Par exemple, un homme quitte sa femme et s'en va dans un pays éloigné : au bout de dix ans, il revient, et trouve dans sa maison un enfant âgé d'un an ; il est certain qu'il ne sera point obligé de reconnaître cet enfant : on se rappelle que c'est l'espèce de la loi 6 citée.

2. Il faut que l'absence soit certaine : en effet, pour peu qu'il y eût de doute sur ce point, on devrait présumer que la mère est innocente, et par conséquent que le fils est légitime. *In favorem prolis potiùs inclinamus :* c'est la maxime du pape Innocent III, dans le chapitre *ex tenore*, aux décrétales *qui filii sint legitimi.*

3. Il faut que l'absence soit continue : car si le mari était revenu de temps à autre dans sa maison, il est clair, par ce que nous venons de dire, qu'il n'en faudrait pas davantage pour rendre toute sa force à la règle, *pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Par la même raison si la continuité n'était pas physiquement certaine, c'est-à-dire, si le mari avait pu franchir en peu de temps la distance qui le séparait de sa femme, et retourner avec la même promptitude dans l'endroit où il a vécu pendant son absence, les témoignages qu'on rapporterait de la continuité de son séjour en cet endroit, ne formeraient pas une preuve de l'illégitimité de l'enfant dont la naissance aurait suivi de trop près l'époque de son départ...

Au reste l'ancienne jurisprudence n'était pas sur cette matière, aussi certaine, aussi invariable, que je l'ai avancé dans les premières éditions de cet ouvrage ; et c'est ce que j'ai reconnu et prouvé depuis dans un plaidoyer du 8 Nov. 1709 rapporté dans mon *recueil de questions de droit*, vo. légitimité, § 2.

Quant au Code civil, il porte, art. 312, que l'enfant conçu, etc. Ces mots, *par cause d'éloignement*, prouvent bien clairement qu'en cette matière, le Code civil maintient les principes de l'ancienne jurisprudence.

"Il faut, disait M. Duveyrier, dans le rapport fait au nom du tribunal, à la séance du corps législatif du 2 germinal an 11, il faut que l'absence soit constante, continue, et de telle nature que, dans l'intervalle de temps donné à la possibilité de la conception, c'est-à-dire, dans l'intervalle de 120 jours qui s'écoule entre le 180e. et le 300e. jour avant la naissance de l'enfant, l'esprit humain ne puisse concevoir la possibilité d'un seul instant de réunion entre les deux époux.

" Quelques auteurs, pour admettre l'exception de l'absence, exigeaient entre les époux l'espace immense des mers.

" Cette précision était affectée et scholastique, elle n'était

ni juste ni correspondante au principe ; elle ne remplissait pas l'objet proposé. L'absence réelle peut se modifier par d'autres causes ; elle peut s'établir par d'autres preuves toutes aussi décisives : il suffit d'exiger qu'elle soit telle au moment de la conception, que toute réunion, même momentanée, entre les deux époux, ait été physiquement impossible. On a demandé si la prison qui séparait deux époux, pourrait être assimilée à l'absence.

"Il est clair que c'est l'absence elle-même, pourvu toujours que la séparation ait été tellement exacte et continuelle, qu'au temps de la conception, la réunion d'un seul instant fût physiquement impossible.

"Il y a une espèce d'absence qui ne consiste pas tant dans la distance des lieux que dans l'éloignement des esprits, et qui néanmoins produit le même effet que l'absence proprement dite, avec la réunion des trois caractères dont nous avons parlé : c'est la séparation prononcée juridiquement entre deux époux pour cause d'adultère, et qui n'a point été suivie de réconciliation.

Le Journal des Audiences nous fournit deux arrêts des 9 Mai 1693 et 1er Décembre 1701, qui déclarent bâtards adultérins des enfants conçus depuis la séparation pour cause d'adultère, et leur fait défenses de prendre les noms des maris et de leurs mères.

Si cependant la femme prouvait que son mari lui a rendu visite pendant leur séparation, nul doute qu'on ne dût déclarer légitime l'enfant qu'elle mettrait au monde. C'est, dit Lebrun, "ce que j'ai vu juger à l'occasion d'une femme accusée d'adultère, qui devint grosse pendant sa prison, et cela sur le simple certificat d'un garçon géolier qui attestait que le mari lui avait rendu visite."

Le Code civil déroge-t-il sur ce point, à l'ancienne jurisprudence ? " Il porte, art. 313, que le mari ne pourra... désavouer l'enfant...même pour cause d'adultère, etc...

"On a pensé, dit M. Locré, *Esprit du Code Civil, tôme 4, page* 19, que la circonstance de la demeure du mari dans une autre maison que la femme, n'est pas assez décisive pour en faire dépendre le sort de l'enfant. On s'est donc tenu au principe général, que l'éloignement du mari établit l'impossibilité physique de co-habitation ; et on n'a pas cru devoir faire dériver du fait de la séparation de corps, des indices qu'elle ne donne pas toujours. Le juge prendra sans doute en considération cette position respective des deux époux, mais il ne la regardera pas comme décisive."

Nous avons dit que l'impuissance du mari fait cesser la présomption de paternité qui résulte du mariage.

Il ne suffit pas d'alléguer l'impuissance du mari pour faire déclarer un enfant illégitime, il faut la constater juridique ment : et comme cela n'est plus possible après la mort du mari, il est clair que ses héritiers ne peuvent pas attaquer de ce chef l'état d'un enfant né pendant son mariage : c'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts rapportés dans le dictionnaire de *Brillon* au mot *Impuissant.*

Rien n'est souvent plus équivoque que les signes de l'impuissance : on ne doit donc pas entrer dans l'examen d'un pareil fait, lorsque le mari a donné lui-même des reconnaissances qui le détruisent. Doute pour doute, il vaut mieux s'attacher au parti le plus favorable à l'honneur de la mère et à l'état de l'enfant.

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 179 *et suiv.* } Cette disposition (art. 312) est puisée toute entière dans la Loi 6 au Digeste *de his qui sui vel alieni juris sunt.*

Nous appelons fils, dit la loi (c'est-à-dire), fils légitime, celui qui est né d'un mari et de sa femme. Que si nous supposons que le mari a été absent, par exemple, pendant dix ans, et qu'à son retour, il trouve dans sa maison un enfant d'un an, nous embrassons l'avis de Julien, qui décide que cet enfant n'est point son fils.

[ARTICLE 220.]

Mais, il ne faut point écouter celui qui, ayant demeuré assidûment avec sa femme, refuse de reconnaître l'enfant qu'elle a mis au monde. Néanmoins, je pense, ce que prouve très bien Scœvola, que s'il est constant que le mari n'a pas pu habiter avec sa femme, soit à raison d'accident, soit pour toute autre cause, l'enfant, quoique né publiquement dans la maison, ne lui appartient pas.

Il faut qu'il y ait, comme la loi l'exprime, impossibilité physique à ce que le mari ait pu coopérer à la conception.

Si l'on fait résulter cette impossibilité de l'absence, il faut que l'éloignement soit tel, que le mari n'ait pu, d'aucune manière, franchir l'espace qui le séparait de sa femme ; car, s'il a pu la joindre, il n'y a plus d'impossibilité physique. Il faut que l'absence ait été continuelle. Si le mari n'était pas constamment absent ; s'il revenait chez lui de temps en temps ; il est possible qu'il soit le père de l'enfant ; et, dès que cela est possible, cela est certain aux yeux de la loi.

Il faut que l'absence soit longue ; en sorte que la conception ne puisse pas se référer à un temps antérieur à l'absence du mari.

Or, si j'ai été absent pendant quatre ou cinq mois, et que ma femme accouche à terme, six mois après mon retour, il est au moins très-douteux que je sois le père de l'enfant. C'est donc avec raison que la loi, dans ce cas, donne au mari le droit de le désavouer. Prenez garde que ce n'est qu'une faculté qu'elle lui accorde. Elle ne prononce pas que l'enfant sera illégitime, mais seulement que le mari pourra contester la légitimité.

Tout ce que nous avons dit de l'absence du mari, s'applique à l'accident, ou à la maladie, qu'il prendrait pour prétexte de son désaveu. Il faut qu'il en résulte une impossibilité absolue, et prolongée pendant un temps suffisant, pour que la conception ne puisse, en aucune manière, lui être attribuée.

[ARTICLE 220.]

Enfin il faut que, soit l'absence, soit l'impuissance accidentelle, soit constante et certaine. S'il y a le moindre doute, la présomption est pour l'innocence. C'est aussi ce que la loi exprime bien clairement, puisqu'elle exige la preuve. Si le mari prouve, dit-elle. Si cette preuve n'est pas concluante, on doit s'en tenir à la présomption de la loi.

Un principe général, à l'aide duquel on risquera peu de s'égarer, est, que le mari ne peut désavouer l'enfant, né pendant le mariage, qu'en prouvant qu'il y a impossibilité physique qu'il en soit le père.

---

* 2 *Toullier*, *Nos.* 791, 792, 799, 800. } Mais un enfant est conçu longtemps avant de naître. Il vit dans le sein de sa mère longtemps avant d'être mis au jour. Il est donc possible qu'un enfant soit conçu avant le mariage, et qu'il naisse pendant le mariage; ou qu'un enfant, conçu pendant le mariage, ne naisse qu'après sa dissolution. Or ce n'est qu'à l'enfant conçu pendant le mariage que le Code applique la présomption légale qu'il est le fils du mari de la mère (art. 312).

Il était donc nécessaire pour déterminer dans les cas douteux l'application de la règle *pater is est*, *etc.*, *etc.*, d'en établir une seconde pour fixer le terme avant ou après lequel l'enfant ne serait plus censé conçu pendant le mariage, c'est-à-dire le moment où commence et celui où finit la présomption légale de paternité. Cette seconde règle se trouvait encore établie dans les lois romaines qui, d'après l'autorité d'Hippocrate, décident, à l'égard des naissances prématurées, que l'enfant est légitime, lorsqu'il est né au commencement du septième mois, ou cent quatre-vingt-deux jours depuis le mariage : *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem viri Hippocratis ; et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.* Paul, loi 12, ff. de stat. hom., l. 5.

[ARTICLE 220.]

" *De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est*, Hippocrates *scripsit*, *et divus* Pius *Pontificibus rescripsit*, *justo tempore videri natum*, *nec videri in servitutem conceptum*, *cùm mater ipsius ante* 182*me. diem esset manumissa*." Ulp., *loi* 3, § 12, *de suis et legit. hæred.*, 38, 16.

Et à l'égard des naissances tardives, que l'enfant n'est pas légitime, lorsqu'il est né après dix mois depuis la mort du mari : " *Post decem menses mortis natus*, *non admittetur ad legitimam hæreditatem*." Ulp., loi 3, § 11, *de suis et legit. hæred.* Ibid.

L'empereur Adrien avait, au rapport d'Aulugelle, déclaré légitime un enfant né le onzième mois après la mort du mari; mais cette décision isolée, contraire à la loi des Douze Tables, n'avait pas prévalu, puisqu'Ulpien, qui vivait sous l'empereur Alexandre, un siècle après Adrien, nous a transmis la règle des dix mois, consacrée par l'empereur Justinien dans les Pandectes. Cependant, ce dernier empereur ayant, à l'occasion d'une espèce particulière qui lui fut présentée, décidé en général, par sa Novelle 39, qu'une veuve qui accouche sur la fin de l'année, dans le douzième mois depuis la mort de son mari, encourt les peines portées contre les femmes qui se remarient dans l'année du deuil, et que son enfant n'est pas légitime, on en conclut, *a contrario*, que l'enfant né dans le onzième mois pouvait appartenir au mari ; et quoique cette conséquence ne fût pas exacte, on l'opposa souvent aux lois insérées dans les Pandectes. De là, jusqu'à nous, la variation de la jurisprudence et la contrariété de ces arrêts nombreux recueillis sur les naissances tardives, et qui, tantôt sur une autorité, et tantôt sur une autre, ont déclaré bâtards ou légitimes des enfans nés dans le onzième mois après la mort du mari.

Le Code a fixé cette incertitude, en érigeant en loi les règles tracées par les jurisconsultes romains, auxquelles néanmoins il a fait une modification.

[ARTICLE 220.]

Suivant les arts. 312, 314 et 315, l'enfant est censé conçu pendant le mariage, s'il est né au plus tôt le cent quatre-vingtième jour du mariage, y compris celui de la célébration, c'est-à-dire le jour qui complète le sixième mois, et au plus tard le trois centième jour de sa dissolution, c'est-à-dire le jour qui complète le dixième mois.

[792.] La loi compte par jour pour éviter toute ambiguité. L'art. 314 dit qu'on pourra désavouer l'enfant né *avant* le cent quatre-vingtième jour du mariage c'est-à-dire le 179e jour au plus tôt, y compris celui de la célébration. L'art. 316 dit qu'on pourra contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours *après* la dissolution du mariage, c'est-à-dire le trois cent et unième jour de sa dissolution au plus tard, y compris celui de la dissolution. Ainsi le Code a modifié la règle établie par le droit romain, en diminuant de deux jours le terme assigné aux naissances prématurées, qu'il fixe à cent quatre-vingts jours au lieu de 182 comme le droit romain. Il n'a rien changé à la règle établie pour les naissances tardives.

[799.] Cette règle, comme nous l'avons vu, n'est fondée que sur une présomption, et une présomption n'est qu'une conjecture, par laquelle on tire d'un fait connu une conséquence qui rend vraisemblable un fait douteux qu'on cherche à découvrir.

Le mariage est le fait connu, d'où l'on conclut que l'enfant conçu pendant le mariage est le fils du mari. Mais cette conséquence ou cette présomption n'étant ni nécessaire ni indubitable, la règle que l'enfant conçu pendant le mariage est le fils du mari ne saurait être infaillible, et la loi serait en contradiction avec les premiers élémens de la justice et de la raison, si elle laissait subsister cette présomption, lorsqu'elle est détruite par des argumens invincibles, par des preuves positives, ou par des présomptions plus fortes..

Ainsi, toutes les fois qu'il *est évident* qu'il n'a pas pu y

avoir de cohabitation entre les époux à l'époque de la conception, la règle ne peut avoir son application.

[800.] La loi 6, *ff. de his qui sui vel al. jur. sunt*, 1, 6, admettait quatre exceptions, toutes fondées sur l'évidence du fait:

1o. L'impuissance absolue et perpétuelle du mari: *Si eâ valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit*;

2o. L'éloignement des deux époux, pendant lequel la femme est devenue enceinte; *Si fingamus abfuisse maritum, v. g. decennium, reversum anniculum invenisse, in domo suâ, placet nobis Juliani sententiâ, hunc non esse mariti filium.*

Toutes les fois que la conception remonte au temps de l'absence, il est certain que l'enfant n'appartient pas au mari;

3o. L'impuissance passagère causée par une maladie griève, survenue au mari: *Si constet maritum aliquandiù cum uxore non concubuisse, infirmitate superveniente*;

4o. Toute autre circonstance qui prouve que le mari n'a pas cohabité avec sa femme: *Si constet maritum cum uxore non concubuisse......aliâ ex causâ.*

---

* *C. L.*, 208. } La présomption de paternité résultant du mariage, cesse encore, lorsque l'éloignement des deux époux est tel qu'il y ait impossibilité physique de cohabitation.

Vo. *Cochin*, cité sous l'art. 229.

---

* V. C. N., 312-313, cités sous l'article précédent.

---

221. L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage, peut être désavoué par le mari.	221. A child born before the one hundred and eightieth day after the marriage was solemnized, may be disowned by the husband.

[ARTICLE 221.]

* *ff.*, *L.* 12, *Lib.* 1, *Tit.* 5, *de statu hominum.* } Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.

---

* *Cod.*, *L.* 4, *Lib.* 6. *Tit.* 29, *de posthumis hæredibus.* } Quidam cùm testamentum faciebat, his verbis usus est : *Si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint*, *heredes sunto ;* vel ita dixit, *filius vel filia*, *qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur*, *hæredes sunto.* Jurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento, et hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam decidentibus, cùm frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adjuvantes ; ex neutra hujusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur : sed sive vivo testatore, sive post mortem ejus intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti : maneat testatoris voluntas immutilata, ne pœnam patiatur præteritionis, qui suos filios non præteriit.

---

* *Pothier*, *Succes-sions*, *p.* 8. } L'enfant qui naît dans le septième mois, est sensé né à terme, suivant la constitution d'Antonin le Pieux, et le sentiment d'Hypocrate.

---

* 10 *Guyot*, *Rép.*, *Vo. lé-gitimité*, *p.* 372 *et suiv.* } L'état d'un enfant qui naît au commencement d'un mariage, dépend de la date précise de sa naissance : le cas où il se serait écoulé plus de six mois suivant quelques-uns, et suivant d'autres sept mois complets entre la célébration et l'accouchement de la mère, est tout différent de celui où il n'y aurait pas eu tant d'intervalle entre l'une et l'autre époque.

Dans le premier cas, l'enfant est réputé légitime, parce que les médecins ont décidé qu'un enfant peut vivre dès qu'il est entré dans le septième mois de la conception, ou, suivant quelques uns, dans le huitième.

Pourquoi cette incertitude entre le septième et le huitième mois? C'est qu'il existe dans le droit romain deux textes dont l'un est pour celui-ci, et l'autre pour celui-là, et qu'il n'est pas bien décidé lequel des deux doit, sur cette matière, être cru plutôt que l'autre.

D'un côté la loi *II*, *D. de statu hominum*, fixe à sept mois l'intervalle qui doit se trouver entre le mariage et l'accouchement, pour que l'enfant soit légitime.

D'un autre côté, loi 7, § 2, D. de *suis et legitimis hæredibus*, décide absolument le contraire, en ce qu'elle n'exige que 182 jours, c'est-à-dire six mois et deux jours de distance entre le mariage et la naissance......celle qui se contente de six mois et deux jours a prévalu dans la jurisprudence.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *sur art.* 314. } La loi spécifie, dans cet article, les cas dans lesquels le mari ne pourra point désavouer l'enfant, quoique né cent quatre-vingts jours, ou six mois après le mariage. Il en résulte que le mari peut désavouer dans les cas contraires. C'est une conséquence du principe, que, quand la loi nie pour un cas, elle affirme pour le cas opposé.

---

* *V. Toullier*, *No.* 791, cité sous l'article précédent.

---

* 2 *Boileux*, *p.* 62. } *De la filiation des enfans légitimes.*— Sous cette rubrique, la loi donne la qualification d'enfant légitime à celui qui a été conçu, et par extension, à celui qui est né pendant le mariage.

En principe, pour connaître la filiation d'un enfant, c'est à l'époque de sa conception qu'il faut se reporter ; car, l'enfant

vit dans le sein de sa mère : mais comment reconnaître l'époque de la conception. Tout à cet égard, repose sur des probabilités, le législateur a dû se borner à déterminer, d'après l'avis des hommes de l'art, et en prenant pour base l'intérêt de l'enfant, les limites extrêmes de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue, il a fixé, pour le premier cas, 180 jours, et pour le second, 300 jours.

Ainsi, l'enfant est illégitime, s'il naît viable avant le 180e jour du mariage, ou s'il naît plus de 300 jours après celui de la dissolution.

Pareillement, pour que l'enfant né pendant le mariage soit censé provenir des œuvres du mari, il faut que la co-habitation ait été possible avant le 180e jour qui a précédé sa naissance ; en d'autres termes il faut que la conception ait eu lieu dans l'intervalle du temps antérieur à la naissance qui se trouve compris entre le terme de la gestation la plus longue et celui de la gestation la plus courte (120 jours) ; on ne peut la placer hors de ces limites.

Observons ici que la loi ne compte point par heure, *de momento ad momentum ;* mais par jour, *de die ad diem* ; que le jour légal est de 24 heures, de minuit à minuit ; que ce jour appartient en entier à l'enfant.

Id., *p.* 66, 67.—La nature a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence, cependant, il importait à la société que la paternité ne restât pas toujours incertaine, et que le sort des enfants fût fixé d'une manière invariable : à défaut de données précises, il a fallu recourir à des présomptions.

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu (le mariage) à un fait inconnu (la paternité).

Le mariage opère donc une présomption légale de paternité ; de là ce principe fondamental : l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

[ARTICLE 221.]

Telle est la force de cette présomption, qu'elle ne pourrait être détruite ni par des énonciations étrangères faites dans l'acte de naissance, c'est-à-dire par l'indication d'un père autre que le mari de la mère, ni par la déclaration de la mère.

Toutefois, il faut supposer qu'il y a eu cohabitation, et que la mère a fidèlement gardé la foi jurée ; de ces deux circonstances, la première est essentielle ; mais l'inconduite de la mère, même légalement prouvée, ne suffit pas pour détruire l'effet de la règle, lorsqu'il y a eu cohabitation ; car nonobstant l'adultère, le mari peut être père de l'enfant.

Puisque la légitimité repose sur la présomption de cohabitation, il est clair que le mari doit être admis à repousser l'enfant, lorsqu'à l'époque où se place légalement la conception, tous rapports entre lui et sa femme étaient physiquement impossibles.

L'impossibilité physique, en ce qui concerne la matière qui nous occupe, ne peut résulter que de deux causes :

1o. De l'éloignement. Pour motiver le désaveu, on exige qu'il ait été continuel et certain.

2o. De l'impuissance causée par quelque accident postérieur au mariage, telle qu'une mutilation ou une blessure : il faut que l'acte de génération n'ait pu s'accomplir ; que, dans l'intervalle présumé de la conception à celui de la naissance, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père de l'enfant : c'est là une question de fait.— Mais il est certain qu'une maladie, quelque grave et prolongée qu'elle soit, ne suffirait pas.

La loi prend soin de déterminer les deux époques entre lesquelles a dû exister l'impossibilité physique, pour faire cesser la présomption légale de paternité. Rien de plus simple que ce calcul : on remonte dans le passé jusqu'au 300e jour, puis on redescend jusqu'au 180e, inclusivement ; ce qui fait 121 jours ou 179 jours pleins, plus 2 fractions ; l'une prise au point de départ (la fraction de jour qui suit le retour

du mari); l'autre au point d'arrivée (celle qui précède la naissance). Rappelons-nous en effet, que le *minimum* du temps légal de la grossesse est de 180 jours, non compris le jour *a quo*, le jour où la cohabitation a été possible; mais en y comprenant le jour *ad quem*, le jour de la naissance.' Le mari doit donc établir qu'il n'a pu, dans cet intervalle cohabiter avec sa femme.

---

* *C. N.*, 314. } L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : 1o. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2o. s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ; 3o. si l'enfant n'est pas déclaré viable.

---

222. Cependant l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne peut être désavoué par le mari dans les cas suivants :

1. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ;

2. S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ;

3. Si l'enfant n'est pas déclaré viable.

222. Nevertheless a child born before the one hundred and eightieth day of the marriage, cannot be disowned by the husband in the following cases :

1. If he knew of the pregnancy before the marriage ;

2. If he were present at the act of birth, or if that act be signed by him, or contain the declaration that be cannot sign ;

3. If the child be not declared viable.

[ARTICLE 222.]

* 2 *Toullier, Nos.* 821, *et suiv.* } L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration est présumé conçu avant le mariage; mais le fait de sa naissance pendant le mariage le met en possession provisoire de l'état d'enfant légitime: cette possession devient même définitive s'il n'est désavoué, et le désaveu n'est pas toujours recevable.

Cet enfant a donc, par sa naissance, un grand avantage sur l'enfant naturel, qui peut être légitimé par mariage subséquent. Le sort de ce dernier dépend uniquement de la déclaration que le père est libre de faire ou de ne pas faire. L'autre au contraire, ayant en sa faveur la prérogative de la possession, n'en peut être dépouillé que par un jugement contradictoire, rendu sur un désaveu formel : il faut venir contre lui par voie d'action ; et cette action n'est pas toujours recevable ; le Code la repousse dans les trois cas suivants, (art. 314).

(822.) 1o. Si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage. La loi présume alors qu'il n'a contracté le mariage que pour réparer sa faute personnelle, et pour légitimer l'enfant dont il connaissait l'existence.

2o. S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer.

Parce qu'après avoir concouru volontairement à l'acte qui forme un titre de légitimité, il n'en peut plus contester l'effet; il n'aurait que la ressource de l'inscription en faux, en cas qu'elle fût fondée, et on ne pourrait lui opposer l'art. 327.

3o. Si l'enfant n'est pas déclaré viable, c'est-à-dire lorsqu'il est reconnu par les gens de l'art. que l'enfant, quoiqu'il ait vécu quelques instants ou même quelques jours depuis sa naissance, est né avant terme et dans un état de formation trop peu avancée ou trop imparfaite pour qu'il pût parcourir la carrière ordinaire de la vie, parce qu'alors il n'est pas prouvé que la conception de l'enfant soit antérieure au mariage. D'ailleurs, cet enfant n'étant point habile à succéder

(art. 725), le désaveu serait nécessairement sans objet, ou du moins il ne pourrait avoir qu'un but scandaleux, celui de déshonorer inutilement l'épouse pour une faute antérieure au mariage.

Mais par cette raison-là même, l'exception que la non-viabilité élève contre le désaveu est bornée par l'art. 314, au cas de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ; elle ne pourrait être étendue au cas de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis le retour du mari d'un voyage de long cours ; car alors le mari aurait un grand intérêt à désavouer l'enfant, dans le cas où il voudrait faire condamner sa femme comme adultère. La naissance prématurée de l'enfant peut alors offrir contre elle un moyen très-fort, qu'elle ne peut écarter par une fin de non-recevoir.

(823.) Dans les trois cas que nous venons d'expliquer, le mari demanderait vainement à combattre, par des faits ou par des écrits, les présomptions qui s'élèvent contre son désaveu ; la loi le repousse par une fin de non-recevoir, et les juges n'ont à examiner que les faits qui la fondent, c'est-à-dire s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, s'il a été présent, à l'acte de naissance, si l'enfant est déclaré non viable. Il ne pourrait demander à prouver ni son absence au temps présumé de la conception, ni la mauvaise conduite de la femme à cette époque.

(824.) La disposition de l'art. 314 n'est pas limitative, et les trois cas qu'il indique ne sont pas les seuls où le désaveu n'est point admis. Toute reconnaissance du mari, consignée dans un acte authentique ou même privé, suffirait pour le rendre non-recevable à contester ensuite l'état de l'enfant ; il faut pour être admis à désavouer, que le mari n'ait laissé échapper soit au moment du mariage, soit au moment de la naissance de l'enfant, soit depuis, aucun acte, aucun signe, aucun aveu volontaire, exprès ou tacite de sa paternité. S'il avait toujours cru que l'enfant lui fût étranger, aucun acte ne démentirait

une opinion qui devait déchirer son âme. S'il a varié dans cette opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *pp.* 188, 189. } Lorsque le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, il a suffisamment déclaré, en le contractant, être le père de l'enfant dont la femme était enceinte ; et, par conséquent, il ne peut réclamer.

Il en est de même, lorsqu'il a assisté à l'acte de naissance, comme père ; car alors, il a reconnu et avoué sa paternité.

Lorsque l'enfant né six mois après le mariage, meurt ensuite ou cette mort arrive après le délai accordé au mari pour donner le désaveu, ou elle arrive avant.

Dans le premier cas, il est non-recevable à désavouer.

Dans le second cas, il n'a point d'intérêt à supposer que l'enfant n'est pas né à terme ; et, qu'en conséquence, conçu pendant le mariage, il ne pouvait pas vivre. Il faudrait, pour autoriser l'action du mari, que l'enfant eût été déclaré viable.

---

* *C. N.*, 314. } L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants :

1o. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ;

2o. S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ;

3o. Si l'enfant n'est pas déclaré viable.

---

* 17 *Merlin*, *Rép. Vo. Légitimité*, *Sec.* II, § 1, *art.* VI, *p.* 410. } En méditant ce texte (art. 314) on remarque d'abord, qu'il établit une présomption légale de légitimité en faveur de l'enfant né le cent quatre-vingtième jour du mariage.

On voit ensuite qu'à l'égard de l'enfant né avant le cent

quatre-vingtième jour du mariage, il admet une présomption d'illégitimité ; mais que cette présomption n'a pas le même caractère que la précédente, et qu'elle peut au contraire être combattue et détruite par trois présomptions de la paternité du mari.

Arrêtons-nous à chacune de ces présomptions.

1o. Pourquoi, si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, n'est-il pas recevable à désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour? " On présume (disait M. Bigot-Préameneu, conseiller d'état, dans *l'Exposé des motifs* de cette partie du Code, à la séance du corps législatif du 20 ventôse an 11) que le mari qui a eu connaissance de la grossesse avant de se marier, n'a contracté le mariage que pour réparer sa faute personnelle ; on présume qu'un pareil hymen n'eût jamais été consenti, s'il n'eût été persuadé que la femme portait dans son sein le fruit de leurs amours : et lorsqu'il a eu dans la conduite de cette femme une telle confiance, qu'il a voulu que leurs destinées fussent unies, comment pourrait-on l'admettre à déterminer un pareil témoignage ? "

Mais comment doit s'établir la preuve de la connaissance que le mari a eue de la grossesse de sa femme avant de l'épouser ?

Dans le projet du Code Civil préparé par la commission, il était dit, liv. 1, titre 7, art. 6, que cette preuve ne pourrait résulter que *des écrits du mari lui-même.*

Il y avait bien de la rigueur dans cette limitation ; aussi ne reparut-elle pas dans le projet présenté au Conseil d'Etat par la section de législation.

Elle fut cependant réclamée par M. Bigot-Préameneu. " M. Bigot-Préameneu (porte le procès-verbal) observe que cet article ne dit pas comment on pourra prouver contre le mari qu'il a connaissance de la grossesse de sa femme : si l'on s'en tient au principe général, il faut un commencement de preuve par écrit. Mais (continue le procès-verbal) M. Boulay ré-

pond qu'il est impossible de fixer à l'avance quelles espèces de faits on peut regarder comme probans ; " et l'article ayant été, d'après cette réponse, adopté dans sa généralité indéfinie, il en résulte nécessairement que de tous les genres de preuves, il n'en est aucun que le législateur ait voulu exclure.

L'ancienne jurisprudence n'admettait pas le mari qui, avant d'épouser sa femme, avait eu des habitudes intimes avec elle, à désavouer l'enfant qu'elle avait mis au monde avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. Mais cette jurisprudence était fondée sur un principe que la loi ne reconnaît plus : la paternité pouvait alors être recherchée, et elle passait pour suffisamment établie par la preuve des familiarités qui avaient eu lieu, entre la mère et le père prétendu, à l'époque de la conception de l'enfant. Aujourd'hui, la recherche de la paternité n'est plus admise. On ne pourrait donc plus aujourd'hui remplacer par la preuve de pareilles familiarités, celle qu'exige l'art. 314, de la connaissance de la grossesse avant le mariage ; ou du moins cette preuve ne pourrait avoir d'effet qu'autant que les familiarités eussent un caractère et se rapportassent à une époque qui forceraient de supposer qu'elles n'ont pas pu avoir lieu sans la connaissance de la grossesse.

2o. Rien de plus juste ni de plus sage que la fin de non-recevoir qui résulte, contre le désaveu du mari, de sa présence à l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil et de la signature dont il l'a revêtue : " comment, en effet (disait M. Bigot-Préameneu, dans l'*exposé des motifs*) le mari pourrait-il revenir contre sa propre déclaration donnée dans l'acte même destiné à constater l'état civil de l'enfant ? "

3o. Quant à la fin de non-recevoir qu'élève contre le désaveu du mari, le défaut de viabilité de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, le motif en est très-sensible ; " lorsque l'enfant n'est pas déclaré viable (disait encore M. Bigot-Préameneu), il n'y a plus de certitude que ce soit un accouchement naturel qui ait dû être précédé du

temps ordinaire de la grossesse. Toute recherche (de la part du mari) serait scandaleuse et sans objet. Quel but pourrait-il se proposer, en désavouant un enfant qui ne doit pas vivre, si ce n'est de porter atteinte à la réputation de la femme à laquelle il s'est uni ? Il ne peut même pas avoir l'intérêt du divorce pour cause d'adultère, puisqu'il suppose que la faute est antérieure au mariage. Les tribunaux ne doivent pas l'écouter dans son aveugle ressentiment.

Mais à quels signes distinguera-t-on si l'enfant est viable ? Dans la discussion du Code, deux partis ont été proposés : l'un, de regarder comme non-viable, tout enfant qui ne survivrait pas dix jours à sa naissance ; l'autre, de s'en rapporter, dans chaque cas, à l'avis des gens de l'art ; et ce second parti a prévalu. Ecoutons M. Duveyrier dans le rapport fait au nom du tribunat, à la séance du corps législatif du 2 germinal an 11 :

" On a cherché à éviter les vérifications, les déclarations de *viabilité*, et toutes les difficultés, tous les procès qu'engendrera l'état physique d'un enfant que deux intérêts opposés jugeront bien et mal constitué. On a cru qu'un enfant apportait lui-même en naissant, et dans le cours plus ou moins borné de son existence, la preuve de sa parfaite ou imparfaite constitution. On pensait en conséquence qu'en fixant le terme le plus prolongé d'existence que pouvait parcourir un enfant imparfaitement organisé, on rendrait toute décision plus prompte et plus sûre et l'on aurait pu, dans ce sens, décider que le désaveu du mari ne serait point admis si l'enfant mourait dans les dix jours de sa naissance.

" Mais on établissait une lutte bien dangereuse entre la vie de l'enfant et l'honneur de la mère. Il fallait que l'enfant mourût dans les dix jours, pour que sa mère vécût sans honte et sans reproche. De là, la crainte ingénieuse, mais raisonnable, qu'une négligence affectée ou des moyens plus coupables peut-être ne vinssent suppléer à l'imperfection suppo-

sée de la nature, et porter une influence fatale sur la vie de l'enfant dont la vie devait être l'opprobre de sa mère et le titre de sa condamnation.

" Ce sentiment était bien digne de toucher les hommes vertueux occupés de cet ouvrage; et, sans balancer, ils ont préféré, aux risques de quelques contestations inévitables, le parti adopté dans le projet de loi."

Lahaye p. 90, *sur art.* 314. } *Pandectes Françaises.*—La femme doit être admise à la preuve par témoins du fait que le mari a eu connaissance de sa grossesse avant le mariage: car il est question d'un fait qui ne peut guère être établi que de cette manière. (De Richefort, puis. paternelle, p. 61 et suiv. Toullier, t. 2, p. 133, 134.)

Delvincourt, t. 1, note 1re. de la p. 76. C'est à ceux qui soutiennent la légitimité, à prouver que le mari a eu connaissance de la grossesse. Comment se fera cette preuve? Le Code ne disant rien à cet égard, il paraît qu'on n'a pas entendu exiger un genre de preuve particulier, et qu'on a entendu remettre le tout à la sagesse des tribunaux, qui devront, au surplus, dans ce cas, se déterminer principalement par les circonstances.

Note 3. Un enfant n'est pas viable, quand le temps de la gestation n'a pas été suffisant pour le constituer de manière à pouvoir vivre, et ce, quand même il vivrait quelques heures, ou même quelques jours. Mais l'on sent que, dans ce cas, l'époque de la conception étant toujours inconnue, la question de viabilité ne peut être décidée que par les gens de l'art.

Rolland de Villargues, V. légitimité, N. 38. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'illégitimité, en ce cas, n'est point *de droit*. Le mari doit faire son désaveu.

Proudhon, t. 2, p. 18, dit que le tuteur ne peut être admis

à prouver les faits de fréquentation intime antérieure au mariage ; ce serait indirectement faciliter la recherche de la paternité.

Mais Toullier, répond, t. 2, p. 131, note, qu'il y a une grande différence entre l'enfant naturel qui n'ayant aucune possession d'état, demande à prouver une paternité toujours incertaine, et l'enfant né sous le voile sacré du mariage, que sa naissance a mis en possession de son état, et qui ne fait que défendre sa possession.

S'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui, &c. Il faut donc le concours de ces deux circonstances ; ainsi la présence seule, ne suffirait pas.

Duranton, t. 3, *No.* 23. La seule preuve qu'ait à faire le demandeur en désaveu, c'est de démontrer que la naissance a eu lieu avant le 180e jour du mariage. C'est à son adversaire à faire la preuve positive de l'exception opposée au désaveu.

---

223. [Dans les divers cas où le mari est autorisé à désavouer, il doit le faire :

1. Dans les deux mois, s'il est sur les lieux lors de la naissance de l'enfant ;

2. Dans les deux mois après son retour, si à cette même époque il a été absent du lieu ;

3. Dans les deux mois, après la découverte de la fraude, si on lui a caché la naissance de l'enfant.]

223. [In all the cases where the husband may disown the child, he must do so :

1. Within two months, if he be in the place at the time of the birth ;

2. Within two months after his return, if absent at the time of the birth ;

3. Within two months of the discovery of the fraud, if the birth have been concealed from him.]

[ARTICLE 223.]

* *C. N.* 316. } Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant;—Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent;—Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

---

* *C. L.*, 210. } Dans tous les cas ci-dessus, où la présomption de paternité cesse, le père, s'il veut réclamer contre la légitimité de l'enfant sera tenu de le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant, ou dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant ; et à défaut de faire la réclamation dans ces délais, le père y sera déclaré non recevable.

Lahaye, p. 90, *sur art.* 316. } *Duveyrier*, discours au tribunat, 23 mars 1803.—Le sentiment qui porte un mari à désavouer l'enfant dont sa femme est devenue mère, est vif, impétueux, violent même, comme le transport qu'excite la conviction d'un outrage. Ce n'est point un sentiment que le temps affermisse et que la réflexion fortifie ; la réflexion le modère et le temps l'efface. Un père qui a souffert près de lui dans sa maison, sans peine et sans répugnance, ou qui a connu sans indignation l'existence d'un enfant que la loi et la société appellent son fils, est raisonnablement supposé n'avoir pas reçu d'offense, ou l'avoir pardonnée ; et dans tous les cas, la loi, comme la raison, préfère le pardon à la vengeance.

Delvincourt, t. 1, note 8 de la page 76.—*Il est absent;* c'est-à-dire non-présent ; il n'est pas nécessaire qu'il soit absent proprement dit. (Toullier, t. 2, n. 839.)

Quid, s'il est fou, furieux, imbécile ou attaqué d'une mala-

die qui l'empêche de sortir? Je pense que le délai de deux mois ne doit courir que du moment où l'on peut raisonnablement penser qu'il a eu connaissance de l'accouchement. (Malleville.)

Rolland de Villargues, V. désaveu de paternité, n. 6.—Il faut entendre par héritiers, non-seulement les héritiers légitimes, mais encore les douairiers ou légataires universels ou à titre universel; pourvu néanmoins qu'ils agissent pour la conservation de leurs droits attaqués par l'enfant. (Toullier; Duranton.)

De Richefort, paternité, p. 89.—Les délais prescrits doivent courir à compter du jour de la naissance, ou à compter du retour du mari, s'il était absent lors de la naissance, ou à compter de la découverte de la fraude, si la naissance lui avait été cachée, soit qu'il fût ou non sur les lieux. (Voir Sirey, t. 13, 2e part., p. 310.)

Favard, paternité n. 7.—Par l'expression *les lieux*, il faut entendre la distance dans laquelle on ne peut ignorer des faits qui intéressent aussi vivement que la grossesse d'une épouse et la naissance d'un enfant.

Duranton, t. 3, n. 84.—Le dernier jour du terme est compris dans le délai.

Les mois ne se comptent pas par trente jours, mais de quantième à quantième.

No 85.—Les mots *sur les lieux* ne sont point employés par opposition à l'éloignement qui rendrait la cohabitation impossible. Il ne s'agit ici que de l'exercice de l'action, et l'on sent qu'un éloignement moins considérable y formerait cependant obstacle. C'est donc un point abandonné à la sagesse des magistrats, qui, attentifs à ce que le délai ne soit pas arbitrairement prolongé, n'accueilleront néanmoins pas l'exception de prescription contre le mari qui aurait été dans l'impossibilité d'agir.

———

[ARTICLE 224.]

224. [Si le mari est mort avant d'avoir fait son désaveu, mais étant encore dans le délai utile pour le faire, les héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers ont été par lui troublés dans leur possession.]

224. [If the husband die before dissowning the child, but still being within the delay allowed for so doing, the heirs have two months to contest the legitimacy of the child from the time he has taken possession of the property of the husband, or from the time that the heirs have been disturbed by him in their possession.]

---

* *C. N.*, 317. } Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublée par l'enfant dans cette possession.

---

* *C. L.*, 211. } Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, ses héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés dans cette possession par l'enfant.

Lahaye, *p.* 91, *sur art.* 317. } *Hua—Auront deux mois.* Ces deux mois accordés pour intenter l'action venant du chef du défunt, ne commencent à courir qu'à compter de

l'acceptation de l'hérédité par le réclamant, ou à partir de l'expiration du délai que l'art. 795 accorde pour prendre qualité.

Delvincourt, t. 1, note 10 de la page 76. *Ses héritiers*—Par conséquent, les autres enfans du mari pourront former le désaveu, du vivant même de leur mère.

Note II.—Que doit-on entendre par *trouble* ? Je pense que cette expression doit s'entendre de *tout fait* qui annonce, de la part de l'enfant, l'intention de venir réclamer un jour l'état et les droits d'enfant légitime.

Voir Sirey, t. 16, 2e. part., p. 364 ; Id. t. 6, 2e. part. p. 953.—La généralité de notre article doit être restreinte aux autres causes de désaveu.

Duranton, *t.* 3, *p.* 48.—De là trois choses : 1o. Pour que le délai courre contre les héritiers, il faut que l'enfant se soit mis en possession des biens comme *enfant* du mari, et non à un *autre titre*, ou qu'il les trouble dans leur possession en cette même qualité d'enfant ;

2o. La connaissance qu'ils auraient de ses prétentions à se faire reconnaître pour l'enfant du mari, de ses démarches et des actes qu'il a faits sans les diriger contre eux, n'est point un trouble de leur possession dans le sens de l'art. 317 ;

3o. Le délai de deux mois n'est point prolongé par l'absence des héritiers du mari, même au temps de sa mort, soit que l'enfant ait été mis ou se soit mis en possession des biens de celui-ci, soit qu'il les trouble lui-même dans la possession qu'ils ont de ces mêmes biens.

[N. 89.] Le délai de deux mois court contre les héritiers mineurs comme contre les majeurs.

A. Dalloz, *filiation légitime*, *N.* 70.—Et par héritiers du mari, on comprend même ses héritiers institués ou légataires universels (Proudhon, Toullier, Duranton, Delvincourt, Dalloz aîné, t. 8, p. 555, N. 5...) même les légataires à titre particulier (Delvincourt). Mais les héritiers institués

ou légataires ne peuvent, suivant Duranton, agir qu'autant qu'ils sont troublés, et par voie d'exception—Dalloz leur accorde aussi l'action directe.

N. 72. L'action en désaveu n'appartient qu'à ceux que la loi désigne, et la mère ne pourrait, en dévoilant sa propre turpitude, provoquer contre son enfant une déclaration d'adultérinité.

---

225. [Les désaveux de la part du mari ou de ses héritiers doivent être proposés au moyen d'une action en justice, dirigée contre le tuteur ou un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, s'il est mineur ; à laquelle action la mère vivante doit être appelée.]

225. [Such disavowal, on the part of the husband or of his heirs, must be made by an action at law, directed against the tutor or tutor *ad hoc*, appointed to the child, if he be a minor ; and the mother, if living, must be made a party to the action.]

---

* 2 *Marcadé*, p. 22. } La loi statuant, ici comme toujours, *de eo quod plerumque fit*, suppose que l'action est intentée contre l'enfant encore mineur, et du vivant de la mère. C'est alors contre un tuteur donné *ad hoc* à l'enfant que l'action doit être dirigée ; et comme la loi n'a pas dit que ce tuteur, par exception aux principes ordinaires, dût être nommé par le tribunal, c'est par un conseil de famille qu'il devra l'être, conformément aux arts. 405 et suivants. Seulement, comme la paternité du mari, et dès lors la parenté paternelle de l'enfant, sont précisément en question, et que, d'ailleurs ceux qui seraient les parents paternels s'il y avait légitimité, sont les adversaires de l'enfant, il n'y aura pas lieu de suivre la règle de l'art. 407, qui veut que le conseil, dans les cas ordinaires, se compose des plus proches parents

des deux lignes ; tous les membres seront donc des parents maternels ou des amis.

Si c'est contre un enfant majeur que l'action est intentée, soit par les héritiers du mari, soit par le mari lui-même après une longue absence, ou une naissance longtemps ignorée de lui, il est clair que le désaveu sera dirigé contre l'enfant lui-même. Mais, dans ce cas même, la mère, si elle vit encore, doit être mise en cause ; il n'y a aucune raison de modifier, pour cette circonstance, la règle finale de notre article. Quoiqu'elle ne soit pas précisément partie dans le procès en désaveu, la mère a cependant un immense intérêt moral dans le débat, lequel met son honneur en question ; or cet intérêt est le même que l'enfant soit mineur ou majeur.

---

* 5 *Demolombe*, *No.* 163. } Aux termes de l'art. 318, "l'action en désaveu doit être formée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère."

La mère de l'enfant dont on attaque l'état devrait être nécessairement appelée à ce procès, son honneur y est intéressé ; et sa tendresse maternelle doit vouloir conserver à son enfant tous les avantages que lui assurait sa naissance. Ajoutez enfin que personne n'est plus à portée que la mère de fournir tous les renseignemens à la défense, et d'établir ses relations avec le mari à l'époque de la conception.

Toutefois, il ne convenait pas non plus que la mère seule fût exclusivement chargée de la défense de l'enfant, surtout lorsque c'est le mari qui le désavoue.

Placée sous son autorité, elle pouvait n'avoir pas toute la liberté nécessaire à cette défense.

Coupable, elle pouvait chercher à obtenir le pardon ou l'indulgence aux dépens de l'enfant et par le sacrifice de son état.

Voilà pourquoi on a voulu qu'un tuteur *ad hoc* fut aussi nommé pour défendre, au nom de l'enfant, à cette action.

[ARTICLE 225.]

No. 164.—Le Code civil s'est placé dans l'hypothèse ordinaire et générale, où le désaveu est formé contre l'enfant encore mineur. Mais il est clair qu'il n'y aurait pas lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc*, si l'enfant était majeur, à moins pourtant qu'il ne fût interdit, car, dans ce dernier cas, il ne pourrait pas se défendre lui-même ; et l'idendité des deux situations rendrait l'article applicable (Arg. de l'art. 509).

No. 170.—Tous le actess d'instructions doivent se faire en présence de la mère, et contradictoirement avec elle ; la mère est intéressée pour son enfant et pour elle-même ; aussi je pense qu'elle doit pouvoir porter l'appel en son nom, et dans l'intérêt de l'enfant.

No. 171.—La mère, en cas de décès, ne devrait pas être remplacée ; et cela par une bonne raison, c'est qu'une mère ne peut pas être remplacée. Nul n'aurait la même tendresse pour l'enfant, le même intérêt personnel à le défendre, les mêmes renseignements pour repousser le mari. On ne pourrait appeler à son défaut qu'un second tuteur ; et à quoi bon ?

No. 172.—Direz-vous que ce serait une espèce de subrogé-tuteur, qui pourrait utilement surveiller le tuteur *ad hoc*, et auquel aussi l'appel du jugement devrait être signifié ? (Arg. de l'art. 444, procéd.)

Mais la règle qu'en toute tutelle il doit y avoir un subrogé-tuteur ne s'applique qu'au régime normal des tutelles (art. 420) ; et nulle part on ne voit qu'un tuteur particulier ou tuteur *ad hoc*, dans les cas où la loi exige cette nomination, doivent être contrôlé par un subrogé tuteur dans sa mission toute accidentelle et spéciale (art. 159, 838, C. C., 968 procéd. ; Colmar, 14 juin 1832.)

No. 173.—Nous avons toujours parlé jusqu'à présent du désaveu formé par action principale.

Rien ne s'oppose à ce qu'il soit formé, suivant le droit commun, par une demande incidente, comme par exemple,

incidemment à une demande en séparation de corps (Art. 337 procéd.)

No. 365.—La légitimation est indépendante du consentement soit des père et mère, soit de l'enfant. Elle s'opère par la seule force du mariage..., *tanta vis est matrimonii*... et par la puissance de la loi, qui y attache cette morale et salutaire conséquence.

Il est vrai que les père et mère peuvent reconnaître ou ne pas reconnaître leur enfant, comme ils peuvent aussi se marier ou ne pas se marier. La légitimation sous ce rapport, dépend de leur volonté sans doute, et c'est dans ce sens que l'art. 331 déclare que les enfants *peuvent* être légitimés. Mais dès que les conditions de la légitimation sont remplies, il ne dépend plus de personne d'empêcher qu'elle s'opère. Une déclaration de la part des père et mère qu'ils ne veulent pas légitimer leur enfant, ne serait-elle pas une monstruosité ! Aussi n'est-il pas nécessaire qu'ils déclarent leur intention de le légitimer : c'est la loi elle-même qui le légitime.

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 192, 193. } Il résulte des derniers termes de l'article (318) que si l'enfant est mineur lorsque la contestation s'engage, il faut lui nommer un tuteur *ad hoc*, quand même il en aurait un ordinaire ; ou qu'il serait émancipé.

Suivant le droit romain, introduit par l'Edit du prêteur Carbon, la question de l'état d'un mineur, paraissant trop importante pour la confier aux soins et à la diligence d'un tuteur, ne devait être agitée qu'après la majorité. (ff. de carbon. édict.) Jusques-là elle demeurait en suspens.

Les Empereurs ont modifié cette disposition.

Un rescrit d'Adrien ordonna que l'état des impubères fût réglé de suite, lorsqu'ils auraient des tuteurs propres à les défendre valablement, et que leur intérêt l'exigerait ainsi. (L. 3, § 5, Eod.)

Cette exception forma dans notre droit la règle générale. L'édit Carbonien ne fut point adopté dans notre usage.

Tout ce que notre Jurisprudence eut de particulier sur cette matière, par rapport aux mineurs, c'est que, pour défendre valablement à une contestation formée sur leur état, il ne suffisait pas qu'ils fussent assistés d'un curateur aux causes, ni même d'un tuteur ordinaire, il leur fallait un *tuteur ad hoc.*

La loi nouvelle consacre cette jurisprudence.

---

* 5 *Locré, Esprit du Code, p.* 112 *et sui.* } De la nécessité de procéder contre un tuteur *ad hoc.*—Cette disposition a été réclamée par la Cour de Cassation.

A la vérité, la mère est présente, et la cause de l'enfant est la sienne. Mais la mère n'est pas obligée de se défendre, puisqu'aucune accusation directe n'est portée contre elle. Dès lors il eût été trop dur de la forcer à défendre son enfant. Si la réclamation est faite par le mari, les aveux de la mère pourraient donner lieu de former contre elle une demande en divorce pour cause d'adultère, et en même temps nuire à l'enfant. Ce dernier inconvénient était à craindre même lorsque le désaveu est exercé par les héritiers du mari.

La défense de l'enfant est donc mieux placée dans la main d'un tiers entièrement étranger aux faits.

Au conseil d'Etat, on a demandé que "la loi fournît au mari et à ses héritiers un moyen de faire donner un tuteur à l'enfant."

Il a été répondu que " cette faculté leur appartient de droit commun."

De la présence de la mère.—S'il y avait des raisons puissantes pour ne pas forcer la mère de défendre son enfant, il était juste aussi de ne pas l'obliger à demeurer neutre dans la contestation, de ne pas l'empêcher de se joindre au tuteur de son fils.

[ARTICLE 225.]

La cour d'appel d'Orléans en fit la remarque. " N'est-il pas nécessaire, dit-elle, d'appeler aussi la mère, dont l'intérêt est nécessairement lié dans cette contestation, à celui de son enfant qu'elle peut d'ailleurs mieux défendre que personne, puisqu'il s'agit d'un fait qui lui est personnel et très-personnel ?"

Cette faculté est également réclamée au Conseil d'Etat.

---

* *Rogron, Codes Frs. expliqués, sur art.* 318. } Un tuteur *ad hoc* (pour cet objet). Le procès terminé, ses fonctions finissent. Il est nommé, comme à l'ordinaire, par le conseil de famille.

En présence de sa mère.—L'action n'est pas dirigée contre elle; une sorte de pudeur aurait pu l'empêcher de comparaître en justice, et de défendre son enfant. Mais on doit l'appeler dans la cause, et si elle veut intervenir, elle en a le droit, car son honneur y est intéressé.

---

* 2 *Boileux, p.* 88. } Le désaveu peut être formé soit par voie d'action, soit par voie d'exception : il faut nécessairement employer ce dernier mode lorsque l'enfant, inscrit sur les régistres de l'état civil comme né de père et de mère inconnus, ou comme ayant eu pour père un autre que le mari de sa mère, demande la rectification de son acte de naissance.

Ce désaveu doit être dirigé (sous peine de nullité) contre l'enfant, s'il est majeur (Zach., p. 649); et contre un tuteur *ad hoc*, dans les cas suivants :

1o. Si l'enfant est mineur ou interdit, quand même il aurait déjà un tuteur ordinaire. 2o. Si la mère est prédécédée; car le père, investi de la tutelle légale, ne saurait évidemment défendre à une action, qu'il intenterait en sa qualité de mari. 3o. En cas de prédécès du père ; il répugnerait à la raison d'imposer à la mère la nécessité de comparaître dans une

affaire qui doit entacher gravement sa réputation. 4o. Enfin si la tutelle a été confiée à un étranger : on peut craindre que retenu par des considérations particulières, ce tuteur ne prenne pas, avec tout le zèle désirable, la défense de l'enfant. D'ailleurs, souvent il arrivera que ses intérêts seront liés à ceux du demandeur en désaveu, par exemple, s'il est proche parent du père.

L'enfant devrait être pourvu d'un tuteur *ad hoc*, lors même qu'il serait émancipé ; dans une procédure aussi importante, il lui faut la plus exacte défense.

Dans tous les cas la mère doit être mise en cause ; car son intérêt est nécessairement lié à celui de l'enfant ; elle a son honneur à défendre. D'ailleurs, nul mieux qu'elle ne peut fournir les renseignements nécessaires à la défense. Si elle fait défaut, le désaveu ne se poursuit pas moins, puisqu'on ne demande aucune condamnation contre elle.

Le tuteur peut opposer à l'action en désaveu tous les faits propres à établir que l'enfant appartient au mari ; la loi n'exclut aucun mode de preuve.

Id., p. 89, 90.—Pendant l'instance en désaveu, l'enfant jouit de tous les avantages attachés à la légitimité ; il peut notamment réclamer une pension alimentaire sur les biens du mari de sa mère.

Il a été jugé que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage a les mêmes droits ; nous pensons qu'il doit du moins donner caution pour sûreté de restitution.

Si l'enfant vient à décéder pendant l'instance, l'action n'est pas éteinte ; car sa qualité lui donnait droit à des intérêts pécuniaires que ses représentants pourraient vouloir exercer en son nom : il importe dès lors qu'un jugement intervienne.

Le jugement qui admet le désaveu détruit tous les effets de la règle *Pater is est :* l'enfant est considéré comme adultérin, s'il a été conçu pendant le mariage (312, 313), et comme naturel simple, s'il se trouve dans le cas de l'art. 314.

[ARTICLE 225.]

Si le désaveu est rejeté, le jugement rendu avec le mari fait loi pour toute la famille : en conséquence, l'enfant viendra comme héritier à la succession de ses collatéraux, sans que son état puisse être contesté, même par ses parents maternels ; car, pendant la durée du mariage, le mari a été mandataire légal de la famille, et même seul contradicteur légitime de l'enfant.

Mais la position est toute différente, lorsque le jugement a été rendu entre l'enfant et les héritiers du mari : ce jugement n'a l'autorité de la chose jugée que vis-à-vis de ceux qui ont été partie ou représentés dans l'instance (1351), il ne peut être opposé aux autres héritiers et réciproquement ces derniers n'ont pas la faculté de s'en prévaloir.

Pareillement, en cas de prédécès de l'enfant pendant les délais accordés pour désavouer, le jugement intervenu avec ses représentants, qui ont réclamé en son nom des droits pécuniaires auxquels il aurait pu prétendre, n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui ont figuré dans l'instance.

L'enfant peut se prévaloir de tous les faits qui emportent, de la part du poursuivant, reconnaissance de sa qualité ; le juge a sur ce point une appréciation discrétionnaire.

---

* *C. N.*, 318. } Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers sera comme non-avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice, dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère.

---

* 2 *Toullier, Nos.* 842, 843, 844. } Le désaveu doit être formé devant les tribunaux civils, dans les formes ordinaires. Tout acte extrajudiciaire, contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, est regardé comme non-avenu, suivant l'art. 318, s'il n'est suivi, dans le délai d'un

mois, d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de la mère.

Mais si l'acte de désaveu reste sans effet, faute de poursuites dans le mois, le mari ou ses héritiers peuvent en former un nouveau, dans le cas où le délai de deux mois ne serait pas encore expiré.

Ainsi cet acte extrajudiciaire ne produit d'autre effet que de prolonger d'un mois l'action en désaveu, c'est-à-dire que le mapi ou ses héritiers, en désavouant, par un pareil acte, le dernier jour du délai, ont encore un mois pour faire nommer un tuteur à l'enfant et pour former leur action.

[843.] Le tuteur doit être nommé par le conseil de famille, composé dans la forme ordinaire. Le désaveu du mari n'empêche pas qu'on n'y doive appeler des parents de sa ligne, puisque la loi ne fait aucune exception pour ce cas particulier, et que, jusqu'à la preuve du contraire, il est considéré, malgré son désaveu, comme le père de l'enfant.

[844.] Il faut faire une dernière observation sur l'action en désaveu. Si elle est dirigée contre un enfant conçu pendant le mariage, comme la présomption de paternité est à son égard dans toute sa force, il a en sa faveur la loi; la possession ne peut lui être ôtée pendant la litispendence.

Si les héritiers du mari s'étaient emparés de tout ou de partie des biens de la succession, l'action en désaveu ne pourrait les dispenser d'en restituer la jouissance à l'enfant, parceque la provision est en faveur du titre de la possession.

Si l'action était dirigée contre un enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant, la provision pourrait souffrir plus de difficulté, parceque la règle *pater is est* ne milite en sa faveur que sous la condition qu'il ne sera pas désavoué. Le désaveu, formé en temps utile, suffit pour en écarter l'application. Il suffit, sans autre preuve, de faire voir que sa naissance remonte à un temps antérieur au mariage. On

pourrait donc penser d'abord qu'il ne peut prétendre à la provision.

Cependant, le seul fait de sa naissance le constitue en possession provisoire de légitimité. Le mari lui-même ne peut l'en dépouiller qu'en venant contre lui par voie d'action, et en faisant rendre un jugement qui le déclare illégitime. Il semble, par ce motif, que pendant la litispendence entre lui et les héritiers du mari, cet enfant doit avoir la provision aussi bien que l'enfant conçu pendant le mariage. En supposant néanmoins qu'ils n'aient pas laissé les héritiers acquérir la possession annale.

---

226. Si le désaveu n'a pas lieu [tel que prescrit au présent chapitre] l'enfant qui aurait pu être désavoué est tenu pour légitime.

226. If the disavowal do not take place, [as prescribed in the present chapter,] the child which might have been disowned is held to be legitimate.

V. autorités sous articles précédents.
[Conséquence *contrario* de ce chapitre.]

---

227. L'enfant né après le trois centième jour de la dissolution du mariage est tenu pour n'en être pas issu et est illégitime.

227. A child born after the three hundreth day from the dissolution of the marriage is held not to be the issue thereof and is illegitimate.

---

* *ff. de suis et leg. hæred. Lib.* 38, *Tit.* 16, *L.* 3, § 11. } Non solùm autem naturales, verumetiam adoptivi quoque jura consanguinitatis habebunt cum his, qui sunt in familia vel in utero, vel post mortem patris nati.

[ARTICLE 227.]

* 2 *Ferrière*, *Dict. de droit*, *Vo. naissance*, *p.* 343. } Pour qu'un enfant soit légitime, ce n'est pas assez qu'il naisse d'une mère dont le mariage est légitime et valablement contracté, il faut encore qu'il soit né dans le mariage; et que s'il est né après, le posthume naisse dans un temps qui le fasse présumer être du défunt, ce qui n'est guères probable lorsqu'il vient au monde dix mois après que le mari de sa mère est décédé.

Aussi les lois Romaines ont décidé que celui qui est né dix mois après la mort du mari de sa mère, n'était pas légitime. *Leg.* 3, § *penult. ff. de suis et leg. hœred.* et cette règle est observée en France.

---

* 12 *Guyot*, *Vo. naissance*, *p.* 4. } Quoiqu'il n'y ait point de règle absolument certaine sur le terme de la naissance des enfants (parce qu'on n'est point encore parvenu à arracher le secret de la nature sur les naissances tardives ou prématurées), cependant, d'après l'expérience, on a fixé le terme ordinaire, depuis la conception jusqu'à la naissance, à neuf mois. Quant aux naissances prématurées, il faut qu'elles arrivent dans le septième mois; et à l'égard de celles qui sont tardives, *elles ne doivent point passer le dixième mois.*

Nous avons adopté, en cette partie, les lois romaines, qui décident que l'enfant né dix mois après la mort du mari de sa mère, n'est pas légitime.

---

* 4 *Ferrière*, *p.* 711, *sur art.* 318. *Cout. de Paris*, *tit.* 15, *Glose* 3, *sec.* 2, §. 1, *no.* 22. } Quand un enfant naît après la mort de son père, on regarde le temps de sa mort, et celui de la naissance du posthume, s'il peut être son fils, s'il naît dans le dixième mois *a morte patris*, il est réputé légitime, mais s'il naît dans le onzième c'est une question, car la *Loi* 3, §

post decem. ff. de suis et legit. hæred. post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hæreditatem.

L'empereur dans la novelle 39, *cap.* 2, déclare non légitime l'enfant né *undecimo mense perfecto* c'est-à-dire dans le commencement du douzième mois : et ne décide pas la question touchant celui qui est né dans le onzième.

Accurse sur la loi *Gallus. in princ. ff. de liber. et posth.* laquelle semble vouloir que l'enfant soit né dans le dixième mois sur ces mots *in decem mensibus proximis*, dit, *toto tempore potest ex eo nasci, non ultra, nisi forte per paucos dies secundum quosdam physicos*, c'est-à-dire selon Jason, le premier ou le second jour du onzième.

Par l'édit de l'empereur Adrien, l'enfant est déclaré légitime qui naît dans le onzième mois.

Cujas sur la novelle 39, en fait mention, mais cet édit ne se trouve pas.

Il n'y a qu'Aulu Gelle qui en parle ainsi *in lib.* 3, *Noct. Atticar. cap.* 16, *quoniam decem viri in decimo mense gignis hominem non in undecimo scripsissent, sed divum Adrianum posteà causâ cognita decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse id que ipsum hujus rei decretum nos legimus in hoc decreto Adrianus se statuere dicit requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.*

Il est vrai que le part peut être reculé par des causes naturelles et physiques qui peuvent être inconnues, cependant il serait dangereux d'admettre cette jurisprudence comme un droit certain, vû qu'il n'y a aucune raison assurée sur laquelle elle puisse être fondée, la conduite de la mère peut servir au juge à se déterminer.

---

* *Lebrun, Successions, liv.* 1, *ch.* 4, *sec.* 1, *No* 12. } Il est constant que par l'ancien droit, c'est-à-dire, par celui des Douze Tables, et par le droit du Digeste, l'enfant né dans le onzième mois n'était pas légitime, la loi, 3 au § *post decem* 11,

ff. de suis et leg. hæred. y est précise ; à quoi l'on rapporte un fragment de la loi des Douze Tables en termes à peu près semblables.

Mais aussi l'on peut soutenir avec beaucoup de vraisemblance, que par le dernier droit le part était censé légitime jusqu'au onzième mois complet. Car la novelle 39, ch. 2, ne se détermine à juger en une espèce particulière, que l'enfant n'appartenait pas au mari, que par cette circonstance qu'il était venu au monde passé le onzième mois, où l'on voit que l'Empereur a signifié qu'un part qui ne serait pas arrivé passé le onzième mois, aurait été réputé des œuvres du premier mari.

---

* 17 *Merlin, Vo. Légitimité, Sec. II, § III, p.* 439. } Des enfants nés après la dissolution du mariage.—Pour décider si un enfant est légitime ou bâtard, il faut examiner si sa conception peut se référer à un temps antérieur à cette époque, ou si l'on ne peut lui assigner qu'une date postérieure. Dans le premier cas, on doit le regarder comme légitime; et dans le second, comme bâtard.

Id., Ibid, p. 449. Le Code Civil n'a pas cru devoir établir sur cette matière une règle précise ; il s'est borné à dire, art. 315, que " la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée."

Remarquons la manière dont cet article a été expliqué par M. Duveyrier, dans son rapport du 2 germinal an 11 :

" Les naissances tardives n'exigent aucune disposition conditionnelle. Il est clair que la légitimité d'un enfant pourra être contestée s'il naît dans le onzième mois après la dissolution du mariage, ou pour mieux dire, au moins trois cents jours après le mariage dissous, parcequ'alors il ne peut plus placer dans le mariage ni sa conception, ni par conséquent la présomption légale de sa légitimité.

" Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime, et mis au nombre

des enfans naturels? Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre; parce que d'ailleurs, dans le cas de la dissolution d'un mariage par le divorce, le mari qui seul aurait le droit de désaveu, peut n'avoir ni motif ni volonté de l'exercer; et il doit être, s'il l'exerce, soumis à l'obligation d'éloigner de lui toute preuve de la paternité de l'enfant qu'il désavoue."

Voici une espèce qui s'est présentée là-dessus à la Cour d'appel de Grenoble.

François Chapelet épousa en premières noces Pernette Gentru; ce mariage dura environ vingt ans, sans avoir donné le jour à aucun enfant.

Le 25 juillet 1806, Chapelet contracta un second mariage avec Catherine Bérard. Il lui fit donation, à titre irrévocable, dans le cas où elle le survivrait de l'usufruit de la moitié de ses biens. Six mois après, Chapelet fut atteint d'une pleurésie; sa maladie dura environ huit jours. Il décéda le 20 janvier 1807, à une heure du matin.

Le 26 février 1807, il fut fait un inventaire de sa succession, en présence de toute sa famille, Catherine Bérard y déclara *qu'elle n'était pas bien assurée, en ce moment, de sa grossesse.*

Le 3 décembre 1807, Catherine Bérard accoucha d'une fille posthume, appelée Rosalie. L'enfant ne fut présenté à l'officier de l'état civil que le douze du même mois. Dans son acte de naissance, Rosalie ne fut point qualifiée de *fille légitime*, mais seulement de *fille issue de Catherine Bérard, veuve de François Chapelet.*

Bientôt après la naissance de Rosalie, les frères et sœurs de François Chapelet, ses héritiers de droit, considérant cet enfant comme étranger à leur famille, se mirent en posses-

sion des biens du défunt et se hâtèrent de faire nommer un tuteur *ad hoc* à l'enfant.

Le 11 janvier 1808, ils assignèrent la veuve Chapelet, et le tuteur; ils prirent des conclusions tendantes à ce que Rosalie Bérard fut déclarée n'être pas fille légitime de François Chapelet.

Le 11 mai 1808, jugement du tribunal de Chambéry, qui déclare Rosalie *fille* ISSUE DU MARIAGE *de François Chapelet avec Catherine Bérard*, et ordonna la rectification de son acte de naissance.

La cause portée devant la Cour de Grenoble, et plaidée en audience solennelle, les deux chambres réunies au nombre de seize juges, il y intervient, le 20 mars 1809, un arrêt de partage, portant que, pour le vider, trois autres magistrats seront appelés.

La cause est en conséquence plaidée de nouveau, et les défenseurs développent, d'une manière lumineuse, les moyens respectifs de leurs parties.

M. Burdet, avocat des héritiers Chapelet, soutient *que l'art.* 315 *du Code Civil*, en *statuant que la légitimité de l'enfant né* 300 *jours après la dissolution du mariage pourra être contestée, a fixé à dix mois le terme fatal des naissances tardives;* de sorte que, pour faire déclarer l'enfant illégitime, il suffit que l'exception d'illégitimité soit proposée par ceux qui ont intérêt à lui contester son état. *Il ajoute que c'est là le véritable esprit de cette loi*, et la seule interprétation qu'on puisse lui donner, soit en rapprochant l'art. 312 de l'art. 315, soit en se pénétrant de l'intention des législateurs qui, lors de la discussion de cette loi au Conseil d'Etat, *reconnurent la nécessité d'établir une règle générale sur les naissances* PRÉCOCES *et* TARDIVES, *et de fixer le terme avant et après lequel l'enfant pouvait être déclaré ne pas appartenir au mariage.*

Les héritiers Chapelet articulent, d'ailleurs, contre Cathe-

rine Bérard, divers faits graves d'inconduite dont ils demandent subsidiairement à faire la preuve.

De son côté, le tuteur conclut subsidiairement à ce qu'il soit admis à prouver que Catherine Bérard a éprouvé, vers la fin du neuvième et au milieu du dixième mois de sa grossesse, les douleurs qui précèdent l'accouchement, symptômes ordinaires des naissances tardives ; que, depuis le décès de son mari, elle a été dans un état habituel de maladie, augmentée par ses chagrins et les mauvais procédés des héritiers Chapelet ; qu'elle a toujours joui d'une bonne réputation ; et que, devant les premiers juges, ses adversaires n'ont osé articuler contre elle aucun fait d'inconduite.

Le 12 avril 1809, arrêt par lequel, conformément aux conclusions de Bérenger, juge auditeur, portant la parole pour le ministère public :

" Vu l'art. 315 du Code Civil ;

" *Considérant qu'il résulte de cet article, que le législateur a fixé à* 300 *jours le terme* FATAL *des naissances tardives, et des gestations les plus prolongées ;* que, si la loi ne déclare pas, de droit, illégitime l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, et se borne à dire que sa légitimité *pourra* être contestée, on ne doit en conclure autre chose, sinon qu'elle exige, pour le faire déclarer tel, que l'exception d'illégitimité soit proposée par ceux qui ont intérêt de lui contester son état, par la raison que *tout intérêt particulier doit être combattu par un intérêt contraire : que la loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore* ; *et qu'enfin, si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre.*

Considérant que, si l'art. 315, pris isolément peut présenter quelques doutes, ils se dissipent bientôt par l'esprit de cette loi, qui se manifeste plus clairement dans les arts. 228 et 296 du même Code, portant que la veuve et la femme divorcée ne peuvent se remarier que *dix mois* après la dissolution du

mariage ; ce qui prouve que la loi, toujours attentive à ne point confondre les familles, a fixé à 300 jours le terme le plus retardé des grossesses ; que l'esprit de cette loi est encore confirmé par l'art. 312, qui dispose que *le mari pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant dix mois avant la naissance de cet enfant*, il s'est trouvé dans l'impossibilité de co-habiter avec sa femme : qu'ainsi la loi faisant dépendre dans ce cas, l'illégitimité de l'enfant du simple désaveu du mari, à la charge de prouver l'impossibilité de sa co-habitation avec sa femme pendant les dix mois qui ont précédé la naissance de l'enfant, il en résulte évidemment que l'espace de *dix mois* est le terme fatal fixé par la loi aux naissances tardives ;

" Considérant que l'art. 315, en donnant aux héritiers du mari le droit de contester la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, a voulu faire produire à cette contestation le même effet qu'au simple *désaveu* du père, dans le cas prévu par l'art. 312 ; que ces deux mots *désaveu* et *contestation* doivent être pris dans le même sens et produire le même effet, puisque, dans les cas prévus par les arts. 317 et 318, la loi assimile ces deux mots l'un à l'autre, et leur attribue les mêmes résultats, la même efficacité ;

" Considérant que le législateur ayant déjà donné une extension légale de trente jours au terme de neuf mois, qui est le plus généralement observé dans l'ordre naturel, étendre encore, ceterme au-delà de 300 jours, ce serait tout à la fois, relâcher les liens de la morale, troubler le repos des familles introduire une latitude qui n'aurait plus de bornes, et ramener un arbitraire que les lois nouvelles ont eu pour objet de prévenir ;

" Considérant qu'en admettant même que l'art. 315 n'est pas tellement décisif qu'il ne pût se rencontrer des circonstances extraordinaires où l'enfant, quoique né 300 jours après la dissolution du mariage, devrait être déclaré légitime, au

moins est-il certain qu'il résulte de cet article une présomption légale d'illégitimité contre l'enfant, et qu'il faudrait, dans ce cas, articuler des faits assez graves et concluants, pour écarter la présomption résultante de la loi ; que ces circonstances extraordinaires, et qui ne peuvent être que très-rares, ne se rencontrent point dans la cause, ni dans les faits que le tuteur demande à prouver ;

" Considérant enfin, que Rosalie Bérard, née 318 jours après le décès de François Chapelet, ne peut plus placer dans le mariage, ni sa conception, ni par conséquent la présomption légale de sa légitimité ;

" La Cour, les chambres réunies en audience solennelle, vidant le partage porté par son arrêt du 20 Mars dernier, met l'appellation et dont est appel au néant ; et par nouveau jugement, sans s'arrêter aux fins et conclusions tant principales que subsidiaires de Catherine Bérard et du tuteur, déclare Rosalie Bérard non-admissible à prendre la qualité de fille de François Chapelet, et à réclamer sa succession ; maintient en conséquence les co-héritiers Chapelet en la propriété et jouissance de la dite succession, sauf à Catherine Bérard à se prévaloir de ses droits dotaux et des libéralités à elle faites par son mari, tous dépens compensés."

---

* 2 *Favard de Langlade, confér. sur l'art.* 315, *p.* 273. } [Art. 315.] La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée.

Rédaction communiquée au Tribunat.

Nota.—Elle était conforme à celle du Code.

Observations du Tribunat.—De la manière dont cet article est rédigé, il semblerait que si la légitimité de l'enfant, né douze mois, par exemple, après la dissolution du mariage n'était point contestée, il devrait être regardé comme légitime : ce ne peut être l'intention de la loi. On a pensé que l'article devait être conçu dans des termes plus précis et plus positifs,

et qu'au lieu de laisser la faculté de contester ou de ne pas contester la légitimité de l'enfant, né trois cents jours après la dissolution du mariage, quelque laps de temps qui se fût écoulé depuis, il fallait en ajoutant un jour de plus à ce terme, fixer l'époque fatale d'une fin de non-recevoir insurmontable.

La section adopte une nouvelle rédaction ainsi conçue:

" La loi ne reconnait pas la légitimité de l'enfant né trois cents un jour après la dissolution du mariage."

---

* 1 *Malleville*, *p*.280, 281, *sur art*. 315. } La loi 3, § 11 et 12, ff. *de suis et legit.* dit d'après l'autorité d'Hypocrate, *Juxta auctoritatem doctissimi viri Hypocratis*, que l'enfant n'est viable et parfait que lorsqu'il naît au septième mois, ou 182 jours après la conception ; et qu'il n'appartient pas au mari, lorsqu'il vient après le dixième mois depuis la dissolution du mariage. On ne voit pas trop pourquoi, dans le premier cas, on s'est écarté de la disposition de la loi qui était aussi suivie dans la jurisprudence.

On avait proposé de ne déclarer l'enfant viable que lorsqu'il aurait survécu dix jours à sa naissance ; mais la difficulté d'établir des règles sûres et uniformes dans cette matière, a forcé de s'en remettre à la décision des gens de l'art.

Il faut observer que la loi ne se sert dans tous ces articles que du terme pourra, et qu'elle ne prononce pas absolument l'illégitimité de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ou plus de trois cents jours après sa dissolution. Aussi M. Bigot dit-il au Corps Législatif, que la présomption qui résulte de la naissance tardive ne sera décisive contre l'enfant qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances. Cependant, je crois que des juges se détermineraient difficilement à légitimer un enfant né après le dixième mois depuis la mort du mari ; on a certainement, par la fixation des délais, laissé assez de marge aux femmes.

[ARTICLE 228.]

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANS LÉGITIMES.

228. La filiation des enfans légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil.

CHAPTER SECOND.

OF THE EVIDENCE OF THE FILIATION OF LEGITIMATE CHILDREN.

228. The filiation of legitimate children is proved by the acts of birth inscribed in the registers of civil status.

---

* *ff. de probationibus, Lib.* 22, *Tit.* 3, *L.* 14. } Circa eum qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur. Et, si quidem in possessionem libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse. Sin verô in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur (scilicet ejus qui ei controversiam movet) hoc probare debet, qui cum dicit libertum suum. Quid enim interest, servum suum quis, an libertum contendat? Si quis autem fiducia ingenuitatis suæ ultro in se suscipiat probationes, ad hoc ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem (hoc est, ingenuum se esse ut pronuntietur), an obtemperari ei debeat, tractari potest ? Et non ab re esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum, et sententiam secundùm se dandam : cùm nulla captio intercedat juris.

---

* *Cod. de probationibus, Lib.* 4, *Tit.* 19, *L.* 15. } Vis ejus, qui se dominum contendit, ad imponendum onus probationis servo minimè prodest. Cùm igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verùm nec ab illo justo initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum : inquisito priùs, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis : tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per hujusmodi eventum declarabitur.

---

* *S. R. B. C. ch.* 20, § 13. } Dans tous les cas où les registres d'une paroisse, église protestante ou congrégation ne peuvent se trouver, ou qu'il n'en a pas été tenu, rien dans ce présent acte n'empêchera de faire la preuve des baptêmes, mariages et sépultures, tant par témoins que par papiers ou registres de famille, ou autres moyens permis par la loi, réservant à la partie adverse le droit de récuser ou réfuter telle preuve ; pourvu toujours, que si une personne fait sciemment et volontairement un faux serment touchant aucune des matières susdites, et en est légalement convaincue, elle sera passible des peines infligées par un statut passé dans la cinquième année du règne de la reine Elizabeth, pour la punition du parjure volontaire. (35 G. 3, c. 4, s. 13.)

---

* *C. N.* 319. } La filiation des enfans légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil.

---

229. A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.	229. In default of such act, the uninterrupted possession of the status of a legitimate child is sufficient.

---

* *Cod. de nuptiis, Lib.* 5, *Tit.* 4, *L.* 9. } Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est : quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt : non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ suam habet potestatem.

---

* 4 *D'Aguesseau, 47e. plaid., p.* 271. } Ces actes (Extraits baptistaires) sont la grande, presque l'unique preuve que

l'on puisse avoir de l'état des hommes. Qu'on renverse cette preuve, tous les fondements de la société civile sont ébranlés; il n'y a plus rien de certain parmi les citoyens si l'on retranche cet argument. Qu'on dise tant que l'on voudra, que ce principe est douteux, que rien n'est plus facile à altérer, à dissimuler, à changer même que le contenu d'un extrait baptistaire; toutes ces réflexions sont justes, mais quelque douteuse que puisse être cette preuve, tout sera encore plus douteux, si on ne l'admet pas, si on la rejette sans des preuves convaincantes de fausseté.

Id. p. 272. } Mais tous les docteurs tiennent également, que pourvu qu'il soit constant d'ailleurs, que les enfants doivent véritablement la naissance à ceux qui ont contracté dans la suite un mariage légitime, ils sont toujours légitimés.

Id. p. 273. } Les soins paternels sont des présomptions très fortes de la filiation. *Tractatu cognoscitur filiatio.*

Lebrun, Successions, L. 1, *ch.* 4, *Sec.* 2, § 8, *p.* 43. } La possession d'état est d'un très grand poids en ces matières et l'on se dispense difficilement de reconnaître pour légitime un fils qui est né d'un père et d'une mère qui ont toujours passé pour mari et femme, et qu'ils ont toujours aussi reconnu pour leur fils légitime, je ne dis pas seulement dans le droit suivant la loi *filium* 6 *ff. de his qui sunt sui vel alieni juris*, et la glose sur la loi *Titiæ, ff. solut. matrim.* et l'authentique *Licet, quid mod. natur. eff. leg.* § *licet:* mais je dis dans la rigueur de nos règles, qui empêche que l'on ne présume les mariages. En effet, l'on n'a pas toujours été trop exact à faire écrire dans les registres des paroisses la preuve des mariages. On a vu plusieurs paroisses, même dans cette ville de Paris, dont les registres de mariage étaient perdus; cela a été encore plus fréquent dans les provinces, où plusieurs se contentaient de prendre

des certificats de mariage, sans en laisser aucun monument dans les registres : plusieurs qui avaient pris cette précaution de faire inscrire l'acte de la célébration de leur mariage dans les registres ont trouvé que dans la suite ils avaient été déchirés. Au milieu de cela la possession d'un mariage légitime a déterminé les juges ; on a considéré que le droit naturel faisait présumer les enfants légitimes, et que les lois étant survenues, qui demandent des cérémonies pour les mariages, l'on présume tout ensemble ce qui est du droit naturel et du droit positif, lorsque d'un côté ne trouvant point d'actes de célébration de mariage, béni par la naissance de quelques enfants, l'on conclut pour leur état. Le mariage légitime a ses marques et ses caractères extérieurs, le vice du concubinage a les siens : le public ne se trompe pas longtemps sur une habitude qui n'est pas dans l'ordre. L'on a vu juger quelque chose de semblable au profit de la veuve de Me Doüin, procureur en la Cour, à qui il manquait un extrait de mariage, mais qui était en possession de son état depuis quarante huit ans.

La déclaration du père et de la mère, quand ils disent qu'ils ont eu un fils de leur mariage, fait aussi beaucoup pour l'état de l'enfant. Menoch. *Lib.* 6, *præs.* 54, *n.* 32, et cela principalement, quand elle est faite exprès et par des actes authentiques, comme des actes de baptême. Cependant nous avons vu juger au Palais contre l'état des Monglat, qui étaient baptisés comme enfants de Jean Monglat et de Louise Florentin, sa femme ; mais le père n'avait pas signé les baptistaires. Que si un père avait souscrit un extrait baptistaire ainsi conçu je ne ferais aucune difficulté de juger l'état ; et comme Tite-Live ayant à justifier qu'un nommé Cornelius Cossus avait été consul dit qu'il n'en peut rapporter de meilleure preuve qu'un certain trophée qui s'était trouvé dans un temple, où il avait écrit ces mots *Cornelius Cossus, Consul,* n'étant pas à présumer qu'un homme eût été assez hardi pour

s'attribuer ainsi un faux titre et une fausse qualité en présence de Jupiter et de Romulus qui auraient été des témoins de son parjure. On peut dire qu'un père qui souscrit sur les registres d'une église, que l'enfant qui a été baptisé est son fils, et d'une telle sa femme, fait une preuve convaincante de l'état de son fils, non-seulement contre un donataire du droit de bâtardise, mais contre des héritiers collatéraux. De plus, le traitement paternel et certaines grâces qui ne se font qu'à des enfants légitimes, comme de marier un fils pour son principal héritier, ou de l'instituer par testament, sont encore de fortes présomptions pour l'état de l'enfant.

La charge de justifier l'état appartient à celui qui va contre la possession, *l. circa eum* 14, *ff. de probat. et præsump.*

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 197 *et suiv.* } L'acte de naissance, comme le dit M. d'Aguesseau, est toujours la plus forte preuve de la filiation. Il ne peut y avoir de doute quand il est rapporté. Il y en a toujours beaucoup au contraire, lorsqu'il ne l'est pas, ou qu'il ne s'accorde pas avec la prétention de celui qui réclame l'état d'enfant légitime.

Par qui cette preuve doit-elle être administrée ?

Cette question, comme toutes les autres, se décide par le principe, que c'est au demandeur à faire la preuve, *actori incumbit onus probandi.*

Si un individu vient se présenter comme enfant légitime, et réclamer, en cette qualité, un droit quelconque, c'est à lui à justifier sa qualité, et, par conséquent, à rapporter les preuves de sa légitimité.

Lorsqu'au contraire on attaque l'état de quelqu'un qui en est en possession, il n'a rien à prouver. C'est à celui qui conteste l'état dont le défendeur jouit, à établir que la possession est mal fondée.

Quant aux personnes qui ont qualité, pour soutenir ou con-

tester la légitimité d'un enfant, il faut se régler par l'intérêt que les parties peuvent avoir à cette question.

Il n'y a pas que les père et mère, ou leurs héritiers qui aient ce droit. Il appartient aussi même à des étrangers; et l'on voit souvent des questions d'état s'élever incidemment entre d'autres personnes que les parents. Un créancier, par exemple, peut soutenir la légitimité de son débiteur, pour le faire admettre à recueillir une succession dont il serait écarté s'il n'était pas légitime. De même une seconde femme peut contester la légitimité d'un enfant du premier mariage, afin d'étendre l'usufruit auquel elle a droit par son douaire. Il n'est pas rare de voir proposer, en justice, la question d'état par forme d'exception.

Les questions d'état sont toujours préjudicielles. Elles doivent être jugées préalablement, et avant de passer à l'examen du fond.

Au reste, soit pour contester, soit pour défendre l'état d'un enfant, il faut avoir un intérêt actuel et ouvert. Celui qui n'a qu'un intérêt futur, ou éventuel, est non recevable. (Arrêt du 7 Mars 1735, Journ. des Audienc.)

---

* 3 *Duranton*, *p.* 128. } On peut avoir négligé de faire la déclaration de naissance d'un enfant. Celle qui a été faite a pu, au mépris de la loi, être inscrite sur une feuille volante, qui est même perdue ou égarée. Il est possible aussi, que par suite d'une invasion, de troubles civils ou d'une contagion, il n'ait pas été tenu de registres, ou que, par l'effet de quelque accident, ceux qui ont existé soient perdus, ou enfin qu'un acte de naissance ait été supprimé par fraude : dans tous ces cas, l'enfant privé de titre ne sera néanmoins pas dépouillé de son état; il pourra, si on le lui conteste, le prouver par la possession dans laquelle il a vécu.—" A défaut de ce titre, dit *l'article* 320, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit."

[ARTICLE 229.]

Ainsi l'enfant n'est pas obligé de produire un acte de naissance à l'appui de sa possession d'état.

Note. Pendant longtemps cette disposition n'a été qu'une doctrine plus ou moins controversée, et qui finit par être érigée en principe dans l'affaire Belrieu de Virasel, malgré les efforts de Cochin qui plaidait pour les adversaires de l'enfant.

---

* 3 *Despeisses*, (*Ed.* 1726) *p.* 47. } Cette ordonnance (Moulins) n'exclut pas la preuve de la perte de l'instrument. *Néron* sur art. 54 de la dite ordonnance ; Lebret, décisions, liv. 4, ch. 12.

P. 63.—La preuve se fait par l'aspect en divers cas : ainsi la preuve de l'âge se peut faire non seulement par lettres et par témoins, mais aussi par l'inspection de la personne. Ainsi en la loi *Minor* 25 *annis adito*, 32, *ff. de minorib.*, le juge déclare une personne majeure de 25 ans, par l'aspect de la personne. Et n'obste *l. l. C. quando tutor vel curat. esse desin. et instit. quib. mob. tut. sin. in princ.* Car ès dits textes Justinien ne défend que l'inspection impudique qui se faisait des parties honteuses du corps pour juger si on était pubère, et non de l'aspect du visage pour juger de l'âge.

Rodier, *sur ord. de* 1667, *Tit.* 20, *art.* 14, *quest.* 1*ère.* } L'ordonnance ne distingue pas le défaut absolu de la perte des registres ; dans l'un et l'autre cas, elle veut que la preuve en soit reçue, tant par actes que par témoins, afin que les parties intéressées ne soient pas privées de constater leur nom, leur âge, leur état, ou la mort des autres.

Le fait qu'il n'y a jamais eu de registres, ou que du moins il n'y en a pas eu pendant un certain temps, est un fait négatif dont la preuve est plus difficile. Quoique les registres ne se trouvent pas, il ne s'en suit pas qu'il n'y en ait point eu. Aussi la déclaration du Curé, comme il n'y a point eu de re-

gistres pendant un tel temps, ou même un procès-verbal de recherche fait par le Juge dans les archives du presbytère, ne suffirait pas absolument pour prouver qu'il n'y a pas eu de registres pendant un tel temps, il faudrait que les témoins déposassent avoir vu faire souvent des baptêmes, mariages et sépultures pendant un tel temps, et qu'on n'écrivait pas sur des registres.

Mais comme on peut être également admis à la preuve lorsque les registres sont égarés, ou lorsqu'il n'y en a jamais eu, il n'est pas besoin de s'embarrasser à prouver qu'il n'y a jamais eu de registres, il suffit de prouver qu'ils manquent et qu'ils sont égarés ; et l'égarement se prouve par la déclaration du Curé, ou par un procès-verbal de recherche, qui constateront qu'on ne trouve point dans les archives du presbytère, ni au greffe, les registres d'un tel temps.

Il faut commencer par rapporter cette preuve avant d'être admis à prouver la naissance, le baptême, le mariage, la sépulture de quelqu'un, parce que cette dernière preuve n'est admise qu'à défaut des registres. Il arrive quelquefois qu'on croit des registres perdus, et qu'on les retrouve, même après la preuve faite : il y en a un exemple dans le procès du sieur d'Estournels.

---

* 5 *Cochin* (*Ed.* 1788), *p.* 578 *et suiv.—Cause de Delle. Ferrand.* } Question.—Si le fait de la naissance étant juridiquement prouvé sans qu'il y ait preuve de la mort de l'enfant, les soins de la mère sont une raison pour admettre la preuve testimoniale de l'état.

P. 598.—On ne prouve point la naissance d'un enfant par témoins, c'est aux monuments publics, c'est aux registres et papiers domestiques des père et mère décédés que la loi nous renvoie : que l'on n'écoute donc point ceux qui veulent établir un fait si important, et qui, pour tout gage de leur sincérité, n'offrent à la justice qu'une preuve testimoniale ; c'est ce que

la loi, de concert avec la raison, exige de la fermeté et de la sagesse des magistrats, et ce qui est affermi par une jurisprudence invariable. Mais quand il est prouvé qu'un enfant est né, et qu'il n'y a aucune preuve de son décès, en sorte qu'il ne s'agit que de savoir si celui qui se présente est ce même enfant; non-seulement on ne peut refuser la preuve testimoniale, mais on l'ose dire, c'est une preuve souvent nécessaire, et, pour ainsi dire, la seule à laquelle on puisse recourir.

Comment un enfant prouvera-t-il qu'il est le même que celui que sa mère a eu dans un certain tems, si ce n'est parce qu'il aura été connu pour ce même enfant pendant un certain nombre d'années, et que s'il a été caché depuis par le concours de certaines circonstances, il reste cependant plusieurs témoins en état de le reconnoître et de le manifester à la justice ? De là tant de causes célèbres où la justice a été obligée de déférer à la preuve testimoniale sur la question de l'identité, la cause de Maillard, celle de Caille, et tant d'autres. Un enfant en quelque âge qu'il soit, ne va pas de tems en tems se présenter devant des officiers publics pour vérifier qu'il est toujours le même enfant : c'est donc une nécessité absolue de recourir sur ce point de fait à la preuve testimoniale.

P. 606.—La maxime qui oblige de reconnoître pour père de l'enfant le mari de sa mère, n'est-elle donc, comme on l'insinue, qu'une opinion populaire, fruit de l'ignorance et de la crédulité ?

C'est au contraire le fondement inébranlable de l'état des hommes, c'est le lien le plus sacré de la société, c'est la religion, c'est la dignité du mariage, c'est l'honnêteté publique qui l'a dictée, et qui en a fait une loi impérieuse qui subjugue tout, doutes, incertitudes, présomptions, supçons dictés ou par la malignité, ou même par une sorte de vraisemblance, tout doit être captivé sous le joug d'une loi si sage et si nécessaire.

[ARTICLE 229.]

Il est vrai qu'il y a encore une loi plus impérieuse qui est celle de l'impossibilité absolue ; elle forme une exception non-seulement contre la règle *pater est*, etc., mais contre toutes les autres règles de droit les plus constantes et les plus affermies ; mais il faut que cette impossibilité soit bien établie, sinon l'autorité de la loi est inébranlable.

Il ne faudrait point de texte de droit pour établir cette vérité qui est gravée dans le cœur de tous les hommes ; cependant que l'on consulte tous les textes, il n'y en a point qui ne se réunisse pour l'établir ; on veut bien même n'en point rapporter d'autre que celui qui a été cité par les collatéraux. Il s'y trouve d'abord la règle générale, *filium definimus eum qui ex viro et uxore ejus nascitur ;* on est donc enfant du mari et de la femme, quand on est né de leur mariage, et que la femme a mis cet enfant au monde. Mais le mari peut-il le méconnaître ? C'est ce que la suite de la même loi nous apprend. *Fingamus*, dit le jurisconsulte, *abfuisse maritum per decennium*, *reversum*, *anniculum invenisse domo sua*, *placet nobis Juliani sententiâ hunc non esse mariti filium.* Supposons, dit la loi, que le mari ait été absent pendant dix ans, et qu'à son retour il ait trouvé dans sa maison un enfant d'un an, cet enfant n'appartiendra point au mari. Mais pourquoi ? Parcequ'il y a une impossibilité physique que le mari absent depuis dix ans ait eu part à la naissance de cet enfant. Il n'y a donc que le cas d'impossibilité physique qui puisse priver l'enfant d'un père que la loi, que la nature, que la religion lui indique. Mais si le mari demeurait avec sa femme, il ne lui est pas permis de désavouer l'enfant : *non tamen ferendum*, *Julianus ait*, *eum*, *qui cum uxore suâ assiduè moratur*, *nolit filium agnoscere*, *quasi non suum.*

Ce principe a été porté si loin que lorsque le mari demeure avec sa femme, l'adultère prouvé de la mère ne peut donner atteinte à la légitimité de l'enfant. C'est la disposition de la loi II, §. 9, au dig. *ad legem Juliam de adulteriis. Non utique*

crimen adulterii, quod mulieri, infanti præjudicat; cùm passit et illa adultere esse,et impubas defunctum patrem habuisse.

La jurisprudence des arrêts ne s'est jamais écartée de ces règles si précieuses à la tranquillité publique ; on les trouve toutes recueillies dans un plaidoyer de M. Talon, sur lequel est intervenu l'arrêt du 26 Janvier 1664, rapporté dans le second tome du journal des audiences. " Quand les héritiers, dit ce grand magistrat, pourraient justifier de l'adultère, cela ne donnerait point atteinte à l'état de l'enfant; parce qu'il suffisait qu'il y eut possibilité que le mari eût vu sa femme pour rendre l'enfant légitime... comme la preuve de la filiation avait été estimée par les jurisconsultes une chose presqu'impossible, ils avaient tous résolu qu'il suffisait à un enfant de prouver qu'il était né pendant le mariage... s'il n'y avait une preuve certaine du contraire, et une impossibilité naturelle et physique que l'enfant fût provenu des œuvres de celui duquel il prétend être né."

C'est ainsi que les plus célèbres et les plus grands jurisconsultes ont pensé sur cette matière, et les principes qu'ils ont établis ont été confirmés par le suffrage unanime de toutes les nations.

---

* *C. L.*, 213, } Si les registres de naissances ou de baptêmes sont perdus, ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état de l'enfant né dans le mariage suffit.

---

* *C. N.*, 320. } A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.

---

230. Cette possession s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

230. Such possession is established by a sufficient concurrence of facts, indicating the connection of filiation and relationship between the individual and the family to which he claims to belong.

---

* *Cod. L.* 9, *de nuptiis* cité sous l'article précédent.

---

* 8 *Nouveau Denisart*, *Vo. Etat*, *p.* 9. } I.—Le véritable état du citoyen est déterminé au moment de sa naissance qui le place dans telle ou telle famille ; mais il n'y est maintenu que par la possession du même état, qui applique la qualité de membre de cette famille à l'individu dont il s'agit.

"Elle lie, elle unit, disait M. de Saint-Fargeau dans la cause des Sieur et dame Simonet, par une suite non-interrompue de faits, d'actions, de démarches, tous les instants de notre vie à celui qui nous a vu naître. Elle nous conduit jusqu'à la source de notre sang, elle nous applique le titre de notre naissance ; elle apprend aux autres, elle nous apprend à nous-mêmes qui nous sommes soit par le personnage qu'elle nous impose, soit par l'habitude de nous connaître et d'être reconnu au nom que nous avons reçu en naissant."

La possession d'état a trois caractères principaux *nomen*, *tractatus*, *fama*. Un enfant naît à un citoyen, il porte le nom de son père : nomen. Son père et sa mère te traitent comme fils ; les deux familles, comme parent : *tractatus*. Le public le regarde comme tel : *fama*.

2. Lorsque la possession est conforme à l'état que donne l'acte baptistaire, il n'y a pas d'état mieux assuré. Celui qui

réunit ces deux avantages est à l'abri de toute contestation. On ne peut le méconnaître pour fils de ceux que son acte baptistaire lui donne pour père et mère, quand il a constamment été élevé et reconnu pour tel.

On peut tout au plus lui contester sa légitimité, en prétendant que ses père et mère n'ont pas été mariés. Mais lorsque celui dont on conteste la légitimité, sous un pareil prétexte, a été baptisé comme enfant légitime, et élevé comme tel par ses père et mère ; qu'il a toujours été en possession de légitimité, il est rare qu'on parvienne à le faire déclarer bâtard.

On n'exige pas qu'il rapporte une preuve rigoureuse du mariage de ses père et mère ; et l'on se contente d'un titre énonciatif de l'acte du mariage, ainsi qu'il est arrivé dans la cause de Jeanne Billon, en possession de l'état de fille légitime de Jean Billon et de Jeanne Rotier, dont on peut voir le détail dans les œuvres de M. d'Aguesseau, tome 2, plaid. 12.

3. Lorsqu'on vient à contester la légitimité d'un pareil enfant après la mort de ses père et mère, on le dispense souvent de rapporter aucune preuve d'une célébration dont il peut ignorer le lieu. Il suffit que la possession de légitimité conforme à l'acte baptistaire, soit constante pour faire maintenir le possesseur dans l'état contesté d'enfant légitime.

Telle est l'espèce du Sieur Bourgelat, rapportée avec détail par Gayot de Pitaval, dans ses causes célèbres, tom. 20. Le Sieur Bourgelat demandait à être reçu au partage de la succession de Pierre Bourgelat comme étant fils légitime de ce dernier et d'Héronime Caprioli sa première femme.

Il rapportait son acte baptistaire, les actes baptistaire et mortuaire d'un frère du même lit, et plusieurs actes où Héronime Caprioli avait été reconnu femme de son père ; il avait toujours joui de l'état qu'on lui contestait. La veuve et les enfants du second lit ne voulaient pas l'admettre à la succession parcequ'il ne rapportait pas l'acte de célébration du mariage

de sa mère ; on lui contestait en outre plusieurs faits concernant la possession de son état. Mais sa possession ayant été prouvé tant par titre que par la preuve testimoniale à laquelle il fut admis par un premier arrêt, un second arrêt du 12 Août 1729 a admis la dame Bourgelat sa veuve et son héritière testamentaire, à partager avec les enfants du second lit la succession de Pierre Bourgelat père commun.

4. La présomption de légitimité, résultante de la possession d'état et de l'acte baptistaire réunis, peut être affaiblie par des circonstances particulières qui donnent lieu de présumer qu'il n'y a pas eu de mariage. Alors, malgré la réunion de l'acte baptistaire et de la possession, il faut rapporter l'acte de célébration pour faire preuve entière de légitimité.

Les enfants du sieur Hurot avaient été baptisés et élevés comme ses enfants légitimes. Le père avait paru dans les actes baptistaires et dans l'acte mortuaire de la mère. Celle-ci était reconnue pour sa femme dans tous ces actes. Le sieur Hurot avait traité ses enfants comme enfants légitimes jusqu'à sa mort.

Les parents collatéraux du sieur Hurot réclamèrent sa succession, prétendant que ses enfants étaient bâtards. Ceux-ci soutinrent leur légitimité.

Sentence rendue au Châtelet le 25 Janvier 1775, qui condamne les enfants à rapporter l'acte de célébration du mariage de leur père.

Acte confirmatif du 8 Janvier 1777, qui adjuge cependant à Hélène Hurot, qui était du nombre des enfants, une somme de 2000 liv. une fois payée.

Le motif de la décision a été la circonstance singulière qu'aux mêmes époques à peu près auxquelles les enfants qui réclamaient la légitimité avaient été baptisés, le sieur Hurot en avait fait baptiser, d'autres nés de lui et de deux autres femmes, à chacune desquelles il avait également donné dans les actes de baptême la qualité de sa femme. Cette polyga-

mie apparente a donné lieu de croire que le sieur Hurot n'avait réellement épousé aucune des trois. En conséquence on a condamné les enfants à rapporter l'acte de célébration du mariage de leur père.

5. La possession était autrefois le seul titre de l'état des hommes. On appartenait à la famille dans laquelle on avait été élevé de tout temps. L'enfant en possession de l'état de fils légitime d'un tel et d'une telle, n'était obligé de prouver ni sa filiation ni le mariage de ses père et mère ; sa possession lui suffisait. Elle suffit encore quelquefois dans des circonstances favorables. En voici un exemple de nos jours.

Les sieur et demoiselle Foucault avaient eu, pendant cinq ans, jusqu'à la mort de leur père, une possession d'état bien constante et bien reconnue d'enfants légitimes ; mais ils y furent troublés à son décès. Un enfant d'un premier lit attaqua leur état et prétendit les réduire à la condition de bâtards. Son moyen principal était qu'ils ne rapportaient ni actes baptistaires, ni actes de célébration de mariage de leurs père et mère. Une sentence de la Rochelle, avait ordonné, avant de faire droit sur la nomination de tuteur aux mineurs Foucault, que leur mère rapporterait l'acte de célébration de son mariage· Faute par elle d'avoir satisfait à cette sentence, il en intervint une seconde par défaut, qui lui fit défense de porter à l'avenir le nom de Foucault.

Les enfants devenus majeurs firent évoquer les contestations au bailliage du palais où ils assignèrent leur partie adverse à fin de partage des biens des successions du père commun. Mais comme ils ne rapportaient ni leurs extraits baptistaires ni l'extrait de célébration de mariage de leur mère, qui ne se réunissait pas à ses enfants pour la défense commune, il intervint une sentence au bailliage du palais, qui fit défense au sieur et demoiselle Foucault de se dire enfants légitimes du feu sieur Foucault, et les débouta de leur demande en partage.

Sur l'appel, est intervenu arrêt au rapport de M. l'abbé Pommyer, le mardi 29 Mai 1770, qui déclara l'enfant du premier lit non-recevable dans toutes ses demandes, en conséquence, ordonna qu'il serait incessamment procédé au partage de la succession du père commun avec les enfants du second lit : *Conseil* fol. 110-120 No. 4.

Les enfants Foucault avaient produit entre autres pièces la grosse du contrat de mariage de leurs père et mère, passé pardevant notaires à La Rochelle. Il y avait lieu de croire que la célébration du mariage avait été réellement faite; mais par qui ? Il n'était peut être pas possible d'en produire l'acte dans une forme légale. La mère, après avoir beaucoup varié dans la première instruction, avait dit qu'elle avait été mariée par un ministre.

---

* I *Bourjon* (Ed. 1747.) *p.* 17, 18. } VIII.—La possession publique de l'état d'enfant légitime produit tout l'effet de la preuve littérale de cet état ; ce qu'on va développer.

IX. Celui-là est en possession de l'état d'enfant légitime, qui rapporte des actes par lesquels il est justifié, que ses père et mère ont agi et contracté comme conjoints par un légitime mariage, et qui prouve qu'il a été élevé comme leur enfant légitime, et qu'il a été dit et regardé comme tel par les parents et par les voisins, telle est cette vraie possession.

Par l'effet de la possession d'état, les collatéraux sont non-recevables après un long temps à contester le mariage de leur parent, ou plutôt la validité d'icelui ; arrêt du 7 janvier 1676 rapporté par Soëfve, tôm. 2, cent. 4, ch. 92, ce qu'il convient d'observer sur la proposition.

X. Ce concours de ces preuves auxiliaires, tient lieu de la preuve qui résulterait de l'acte de célébration de mariage de ses père et mère, de son extrait baptistaire et ce concours est souvent la bâse de la tranquillité des familles.

Ce concours, cette possession, exclut toute preuve contraire ; voy. M. Soëfve, tôm. 2, cent. c. ch. 69. M. Le Brun, des succes. p. 37, Num. 8.

XI. Ce même concours de preuves ne serait d'aucun effet, s'il y avait des preuves littérales contraires il ne pourrait les balancer ; il peut conduire à la vérité et y conduit en effet au défaut de preuves littérales, mais il n'étouffe ni la vérité, ni ces preuves.

Par arrêt du 1er. Août 1707, rapp. dans la deuxième partie du sixième vol. Journ. des audiences, pag. 84, il a été fixé que la possession d'état ne couvrait pas l'abus d'un mariage quand le vice est certain, ce qui établit la proposition.

XII. Si la possession d'état d'enfant légitime produit cet effet au défaut d'autres preuves, c'est qu'indépendamment de la présomption que l'enfant ainsi élevé a pour lui, ce serait quelquefois le réduire à l'impossible que de faire dépendre sa légitimité de la preuve d'un mariage, contracté dans un temps qu'il n'existait pas, et de la représentation de son extrait baptistaire, formé dans un temps dans lequel, incapable de se connaître lui-même, il ne pouvait pas s'en ménager les preuves, ce qui fonde le juste effet qu'on donne à la possession d'état.

Sur l'effet que produit la possession d'état, voy. l'arrêt du 12 Mai 1669, rapporté dans le 2e. vol. du journ. des aud. liv. 2, ch. 17 et celui du 6 Juillet 1666, rapporté au même vol. liv. 8, ch. 9. Par celui du 28 Mars 1665, rapporté au même vol., liv. 8, ch. 22, la Cour a jugé que l'action en supposition de part n'était pas recevable, l'enfant qu'on prétendait supposé ayant vécu 27 années en possession de l'état d'enfant légitime, ce qui confirme ce que ci-dessus.

XIII. Une autre raison qui fonde cet effet de la possession d'un certain état, c'est que l'état est la situation dans laquelle il a plu à la Providence de faire naître chaque homme ;

chacun d'eux ordinairement n'a un certain état, que parce qu'il y a été élevé sans interruption marquée et sans déguisement, d'où il faut conclure qu'il y est né ; autre base de l'effet que produit la possession d'état.

Lorsqu'il n'y a ni possession d'état ni extrait baptistaire, et qu'on n'allègue pas la perte des registres, on n'est pas recevable à faire preuve par témoins de l'état de légitimité; Arrêt du 19 Mars 1691, rapporté dans le 5e. vol. du journ. des audiences, page 474.

Voyez *Cochin* cité sous l'article 162 et les autres autorités citées sous cet article.

---

* 2 *D'Aguesseau, p.* 284—12*e* *plaidoyer*-17 *Janvier* 1692. } Dans la cause de Martinet et Jeanne Billon sa femme, contre Claude Bellier, appelant comme d'abus du marriage des père et mère de la dite Jeanne Billon.

" Si un parent collatéral est recevable à interjeter appel comme d'abus du mariage confirmé par une sentence dans laquelle l'acte de célébration et l'extrait baptistaire d'une fille née de ce mariage, étaient énoncés par des actes portant acquiescement à cette sentence, par les reconnaissances de la famille, et la possession d'état."

[P. 290.] Nous n'entrerons point ici dans une longue dissertation touchant les différentes espèces de preuves que l'on peut admettre pour établir la vérité d'un mariage. Nous n'expliquerons point la différence des dispositions de l'ancien et du nouveau droit canonique en cette matière; on a suivi pendant longtemps l'autorité du droit civil qui écoutait facilement toutes sortes de présomptions et qui se contentait toujours de la seule preuve que le droit des gens semble demander, c'est-à-dire, la cohabitation paisible, publique, continuelle. Ce n'est point dans ces sources que nous devons chercher à cet égard les règles et les fondemens de notre jurispru-

dence ; c'est uniquement nos ordonnances, qui, ayant été faites dans le même esprit en cette matière que le décret du Concile de Trente, ont aboli l'usage de prouver un mariage par des présomptions, et ne reconnaissent qu'une preuve qui soit absolument légitime ; c'est celle qui se tire des registres publics.

La déclaration de 1639, plus sévère et plus exacte que les premières ordonnances, avait défendu rigoureusement la preuve par témoins, qui, dans les mariages, paraissait souvent suspecte et toujours défectueuse.

L'expérience a fait connaître que la sévérité de cette Loi réduisait souvent les parties dans l'impossibilité de prouver leur état : on crut dans le temps de la nouvelle ordonnance (Avril 1667) qu'il était nécessaire de la modérer, en permettant la preuve testimoniale, lorsque la perte des registres était articulée et prouvée.

Ainsi les ordonnances n'écoutent jamais les présomptions lorsqu'il s'agit d'établir la vérité d'un mariage, elles n'admettent que deux sortes de preuves, les registres publics, et à leur défaut les dépositions des témoins ; et c'est ce qui fait la plus grande difficulté de cette cause.

On ne nous a point encore représenté l'acte de célébration de mariage, on n'a pas même allégué la perte des registres. Bien loin que la preuve de ce mariage soit établie, elle ne parait pas même encore commencée. Cependant nous croyons que dans les circonstances particulières de cette cause, ce défaut est suffisamment réparé...

Nous croyons d'abord que l'on doit examiner d'une manière bien différente, lorsqu'il s'agit de prononcer sur la validité de l'engagement par rapport au contractans même, et lorsqu'on l'envisage par rapport à l'état des enfans.

On ne sçaurait apporter trop d'attention à suivre exactement, et même avec scrupule, les règles qui nous sont prescrites et par les Canons et par les ordonnances ; un juge peut

trembler, avec raison lorsqu'il considère qu'il va peut-être ou rompre des nœuds que la main de Dieu même a formés, ou confirmer les parties dans un engagement criminel, et donner à une conjonction illicite, le nom honorable de mariage.

Mais lorsque la mort a rompu cet engagement, quoiqu'il faille encore observer les maximes de l'Eglise et de l'Etat, on peut s'attacher moins rigoureusement aux formalités pour prononcer *en faveur de la possession, la loi la plus sûre et la plus inviolable*, lorsqu'il s'agit de régler l'état des parties.

Ainsi, messieurs, si ceux dont le mariage sert de fondement à cette contestation, étaient encore vivants ; s'ils étaient parties dans cette cause ; s'ils soutenaient eux-mêmes la vérité de leur engagement, peut-être serait-il nécessaire d'ordonner avant toutes choses qu'ils rapporteraient l'acte de célébration de leur mariage, ou de les admettre à la preuve par témoins, en cas qu'ils alléguassent la perte des régistres.

Mais de vouloir exiger la même preuve de leur fille qui a toujours joui paisiblement de son état, qui en est en possession depuis près de vingt sept années, c'est ce qui nous paraît peu nécessaire, lorsque nous examinons les différens argumens par lesquels elle établit la vérité de son état......

Id., *p.* 295.—Nous pouvons ajouter à ces différentes preuves, celles qui se tirent de la naissance de l'intimée, et de la possession d'état, dans laquelle elle a vécue, elle a toujours porté le nom de son père ; on n'a pas même allégué qu'elle ait jamais eu un autre nom, ce qui fait une preuve considérable en sa faveur.

Enfin la reconnaissance de la famille, dont le suffrage a presque toujours été confirmé dans les questions d'état par l'autorité de la justice, son émancipation, son contrat de mariage en établissent la preuve.

[ARTICLE 230.]

* 2 *Toullier*, *No.* 868 *et suiv.* } Si l'acte de naissance est la plus sûre et la plus infaillible des preuves de la filiation, cet acte ne suffit pas pour prouver que l'individu qui se l'attribue est la même personne que l'enfant né à l'époque consignée sur les registres de l'état civil: la preuve de cette identité se tire de la possession d'état.

[869.] " Et elle s'établit, etc. (art. 321). La possession d'état a trois caractères principaux: *nomen*, *tractatus*, *fama*. Un citoyen devient père, son fils porte son nom *nomen;* le père, la mère le traitent comme fils, les deux familles comme parent *tractatus*, le public le regarde comme tel *fama*. L'art. 321 exprime ces trois caractères avec précision, en disant que les faits principaux qui caractérisent la possession, sont que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son entretien, à son établissement; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société; qu'il a été reconnu pour tel par la famille.

[870.] Si l'état de l'homme est déterminé par sa naissance, qui le place dans telle ou telle famille, il ne peut être maintenu dans cet état que par la possession, par les actes divers et continus qui la constituent, et qui remontent, sans interruption, du moment présent jusqu'à la première enfance de l'individu ou si l'on veut qui descendent de cette première époque jusqu'au temps présent. C'est cette possession qui prouve l'identité de l'individu dont il s'agit, et de l'enfant né à telle époque, en tel lieu, de tel père et de telle mère; en un mot, dans telle famille, où il tient encore aujourd'hui la place qu'il y prit en naissant.

[871.] La force de la possession est telle qu'elle peut tenir lieu de l'acte de naissance. " A défaut de ce titre dit l'art. 320, la possession *constante* de l'état d'enfant *légitime* suffit " pour prouver la filiation, car il faut toujours se souvenir c'est des preuves de la filiation qu'il s'agit dans ce titre.

[ARTICLE 230.]

[872.] Si les registres de l'état civil sont perdus ou déchirés, s'il n'en a point existé, si l'on a omis d'y inscrire la naissance d'un enfant dans un temps où il était incapable d'agir et de se connaître, c'est une faute ou une omission qu'on ne peut lui imputer, et qui ne doit pas le dégrader ni le dépouiller de son état. La jouissance publique de la place qu'il occupe dans sa famille depuis sa naissance, suffit pour l'y faire maintenir. Cette jouissance ou cette possession est le genre de preuve le plus ancien ; c'était autrefois le seul titre de l'état des hommes. On appartenait à la famille dans laquelle on avait été élevé de tout temps. L'enfant qui jouissait de l'état de fils légitime d'un tel père et d'une telle mère, n'était obligé de prouver ni sa filiation, ni le mariage de ses père et mère. La preuve de ce mariage se suppléait de droit, lorsque ceux qui avaient vécu publiquement comme mari et femme avaient eu des enfans qu'ils avaient élevés comme les fruits d'une union légitime. Ces enfans n'avaient à prouver que leur état; cet état, bien établi par la possession publique, faisait présumer de droit celui des pères et mères, sans que l'on fut obligé de remonter jusqu'à l'acte de célébration de leur mariage.

Telle était sur ce point la disposition du droit romain. Il existe à cet égard un texte décisif dans la loi 9, Cod. *de Nuptiis* 5, 4.

---

* 5 *Locré*, *Esprit du code*, *p.* 125 *et suiv.* } Nous avons à examiner: Dans quel cas la preuve par la possession d'état est admise.

Quelle est la force de cette preuve en elle-même; quels faits l'établissent.

Si ces faits sont les seuls auxquels le juge puisse avoir égard.

Si la possession d'état n'existe que par la réunion de tous ces faits.

No I.—La commission semblait n'admettre de preuve supplétive du titre, que dans deux cas : lorsque les registres seraient

perdus, ou qu'il n'en aurait pas été tenu ; lorsque l'enfant se trouverait inscrit sous de faux noms de père et de mère.

Les Cours d'appel de Rennes et de Toulouse demandèrent que la disposition fut étendue à l'hypothèse où quoiqu'il existât des régistres on aurait omis d'y inscrire l'acte de naissance.

La Cour d'appel de Paris proposa d'y comprendre aussi les enfans inscrits comme nés de père et mère inconnus.

La section présenta la rédaction de la commission avec l'amendement proposé par la Cour d'appel de Paris.

Au Conseil d'état, on réclama l'amendement des Cours d'Appel de Rennes et de Toulouse, et l'on dit : "L'omission de l'inscription sera bien moins rare aujourd'hui que dans le temps où la croyance commune faisait présenter les enfans au baptême, auprès duquel étaient placés les registres de leur état. L'article devrait donc être retouché, pour laisser plus de latitude aux preuves."

Le rapporteur convint que la rédaction n'exprimait pas bien la pensée de la section. Dans le système du projet, l'état de l'enfant était réglé par son titre ; et lorsque ce titre manquait par quelque cause que ce fût, les autres preuves étaient admises chacune dans l'ordre qu'elle doit venir.

Cette idée est parfaitement rendue par cette expression de l'art. 320, *à défaut de ce titre*, laquelle embrasse tous les cas.

Il y a également *défaut de titre :*

Quand le titre n'existe pas ;

Quand il est inexact ;

Quand il est incertain.

Le titre peut ne pas exister par l'effet de trois circonstances : ou parce qu'il n'a pas été tenu de registre ; ou parce que ceux qui ont été tenus se trouvent perdus : ou parce que l'enfant n'y a pas été inscrit.

Déjà l'art. 46 du Code avait autorisé les preuves supplétives dans toutes ces circonstances ; et quoique, par des raisons de

prudence, on se soit abstenu de parler des omissions d'inscription, on est cependant convenu que, quand il en existerait, le recours pour les faire réparer serait ouvert; ce qui suppose que les autres preuves pourront être reçues comme dans le cas de la non-existence des registres.

Le titre est inexact quand il donne à l'enfant une fausse filiation, en le déclarant, né de personnes qui ne sont pas réellement ses père et mère.

Le titre enfin est incertain, quand il n'établit pas la filiation.

C'est ce qui arrive lorsqu'il annonce l'enfant comme né de père et mère inconnus.

Dans ces trois hypothèses, la possession d'état supplée *au défaut de titre.*

No 2.—De la force de la possession d'état en elle-même. A défaut de titre, à défaut de l'inscription sur le registre public, quel moyen reste-t-il à la preuve de l'état civil?

La possession, c'est-à-dire, la jouissance publique que tout individu peut avoir de la place qu'il tient dans sa famille et dans la société.

Ce genre de preuve est le plus ancien, c'est celui que toutes les nations ont admis, celui qui embrasse tous les faits propres à faire éclater la vérité, celui sans lequel il n'y aurait plus rien de certain ni de sacré parmi les hommes.

Cette démonstration, qui se compose de faits publics et chaque jour répétés, est la plus puissante qu'on puisse imaginer. Si l'on veut se faire une juste idée de sa force et de ses effets incontestables, on peut lire le plaidoyer du célèbre Cochin, qui depuis a servi de texte à toutes les discussions sur cette matière: "De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, dit-il, la plus solide et la moins douteuse est la possession publique. L'état n'est autre chose que la place que chacun tient dans la société générale et dans les familles; et quelle preuve plus décisive peut fixer cette place, que la possession publique où l'on est de l'occuper depuis qu'on exis-

te? Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession. On a connu son père, sa mère, son frère, ses cousins ; on a été de même connu d'eux. Le public a vu cette relation constante. Comment, après plusieurs années, changer toutes ces idées, et détacher un homme de sa famille ? Ce serait dissoudre ce qui est, pour ainsi dire, indissoluble ; ce serait séparer les hommes jusque dans les sociétés, qui ne sont établies que pour les unir."

Ces principes qui n'ont jamais été contestés ni modifiés, ont dicté cette règle générale : A défaut du titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. (M. Duveyrier, Tribun. tôm. 1er., pages 641 et 642.)

Mais prenons garde que l'article 320 ne donne d'effet à la possession d'état que quand elle sert la réclamation de l'enfant, et qu'il n'autorise personne à la faire valoir contre lui.

Et en effet serait-il juste de laisser ainsi l'état des hommes à la discrétion de quiconque voudrait s'en emparer ? Un faible enfant qui ignore de qui il est né, qui n'a pu repousser les soins qu'on lui a donnés pendant le premier âge, qui n'a pu se défendre contre le faux titre qu'on lui a fait porter depuis sa naissance sera-t-il exclu, par la fin de non-recevoir, de retourner à son père ? Perdra-t-il sans retour le nom qui lui appartient, sa place dans sa véritable famille et dans la société?

La loi ne pouvait consacrer une telle injustice ; une fin de non recevoir ne saurait détruire un fait positif tel que celui de la filiation. Et d'ailleurs peut-on exciper contre quelqu'un de son ignorance et des effets qu'elle ne lui a pas permis d'empêcher ?

No. 3.—*Quels faits établissent la possession d'état.* La loi ne devait pas se borner à déclarer que la possession d'état suffit dans l'absence du titre : il fallait encore rappeler les divers traits qui marquent cette possession. (M. Lahary, Tribun. tôm. 1, p. 592).

Différente des conventions qui, la plupart, ne laissent d'au-

tres traces que l'acte même qui les constate, la possession d'état se prouve par une longue suite de faits extérieurs et notoires, dont l'ensemble ne pourrait jamais exister, s'il n'était pas conforme à la vérité. (M. Bigot-Préameneu, Exposé, tôm. 2, p. 573).

Ces faits sont les résultats journaliers de toutes les relations d'un fils à ses père et mère, d'un frère à ses frères et sœurs, d'un neveu, d'un cousin à ses oncles, tantes et leurs enfans, de tout individu aux voisins, aux amis de la famille dont il est membre. (M. Duveyrier, Tribun. tôm. 1, p. 642).

No. 4.—*Les faits que l'article* 321 *rappelle sont-ils les seuls auxquels le juge puisse avoir égard ?*

On a reconnu qu'il était impossible de rechercher et de classer dans une loi tous les rapports qui constituent la possession d'état, d'en faire une énumération exacte, que, dans cette position déterminer les seuls faits qui pourraient constater la possession d'état, c'eût été courir le risque d'en écarter de tellement décisifs, qu'on aurait privé l'enfant de tous les secours que la loi lui donne ; et que, pour rendre sa preuve plus concluante, on l'eût souvent rendue très-difficile pour ne pas dire impossible.

Ainsi, l'article déclare d'abord que la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent un rapport de parenté et de famille.

Et ensuite il ajoute : *Les principaux de ces faits*, etc. Si la loi avait voulu que ces faits fussent les seuls, elle n'aurait pas dit que ces faits sont les *principaux* : mais dès qu'elle les qualifie ainsi, il est évident que ce sont plutôt des *exemples* qu'elle propose, qu'une *limite* qu'elle ait entendu poser.

No. 5.—*La réunion de plusieurs faits est-elle nécessaire ?*

La théorie de l'art. 321 a été complètement exposée dans le passage suivant :

" En indiquant ces faits principaux la loi ne veut pas dire

que, pour démontrer la possession d'état, leur réunion soit indispensable, de manière qu'à défaut d'un seul, tous les autres ensemble dussent être rejetés.

"Non : elle a voulu seulement, par ces exemples, montrer le caractère et la nature des rapports dont on doit tirer la conséquence exacte et la preuve de la possession d'état.

"Il est trop évident que, parmi les faits proposés, pour exemples, il en est qui, s'ils sont continuels et manifestes, peuvent seuls compléter la démonstration, sans le secours d'aucun autre." (M. Duveyrier, Tribun. tôm. 1er., p. 643.)

---

* *Voy. Cochin*, cité sous l'art. précédent.

---

* *C. N.*, 321. } La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ;

Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ;

Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ;

Qu'il a été reconnu pour tel par la famille.

---

231. Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance et la possession conforme à ce ti-

231. No one can claim a status contrary to that which his act of birth, accompanied with the possession conformable to

tre. Et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

such act, gives him; and reciprocally no one can contest the status of him who has a possession conformable to his act of birth.

---

* *Voy. Cochin* cité sous les *articles* 162 et 229, et 8 *Nouv. Denizart*, cité sous l'art. 230.

---

* 5 *Cochin*, (*Ed.* 1788), *Mémoire contre Dame Bruix*, *p.* 414. } Si le public a pris tant de part aux questions d'état qui se sont élevées depuis quelques années; s'il a été effrayé de ces entreprises téméraires dans lesquelles, sans aucun titre, sans aucune ombre de possession, des personnes inconnues ont tenté de se procurer un rang distingué, de quelles alarmes ne doit-il pas être saisi dans la cause de la Dame de Bruix?

En possession d'un état obscur affermi par une foule de monumens authentiques qui se sont succédés les uns aux autres pendant le cours de trente années, la Dame de Bruix entreprend d'abdiquer cet état et de s'en former un nouveau. Elle choisit une des plus illustres maisons du royaume pour y prendre place; elle veut s'élever au faîte des honneurs, et s'associer à ce qu'il y a de plus grand et de plus distingué dans le royaume! Si à la faveur de la preuve testimoniale on peut opérer de pareilles métamorphoses, l'état des hommes ne sera plus que le jouet de l'audace et du caprice; la plus haute noblesse sera dégradée; les personnes de la plus vile condition perceront l'obscurité qui les enveloppe, pour se donner en spectacle à tout l'univers dans les places les plus éminentes.

Des objets si intéressans doivent élever tous les esprits à ces vues supérieures du bien public, qui forme toujours le

premier objet de la justice, il s'agit ici du sort de toutes les familles compromises dans une seule cause.

L'état qui appartenait légitimement à la dame de Bruix par sa naissance n'était pas un objet qui intéressât assez la maison de la Ferté, pour qu'elle se soit donné la peine de l'approfondir.

Quand il serait encore inconnu, la dame de Bruix ne pourrait s'en prévaloir ; il ne suffit pas d'être dans l'ignorance de son sort pour acquérir le droit de se procurer un état au gré de son ambition. Il est de malheureuses destinées qui cachent quelquefois aux hommes les circonstances les plus essentielles de leur naissance, et qui les présentent à eux-mêmes comme une énigme qu'ils ne peuvent pénétrer ; s'ils sont à plaindre d'être réduits à un sort si funeste, leur unique ressource est de réparer par leur sagesse et par leur retenue les malheurs de leur naissance ; et lorsqu'ils veulent au contraire s'en faire un prétexte pour s'élever au-dessus de leur obscurité, et pour se placer dans un rang éclatant, ce trait d'ambition déplacée ne sert qu'à les couvrir d'un nouvel opprobre.....

Page 422.—Principes sur les questions d'état. Si les législateurs n'avaient pris aucune précaution pour fixer l'état des hommes, les citoyens ne pourraient se connaître entre eux que par la possession. Telle était la règle qui les distinguait seule, avant que les états policés eussent établi des lois sur une matière si importante ; les familles se formaient par des mariages publics ; les enfans étaient élevés dans la maison des pères et mères, comme les fruits précieux de l'union conjugale ; les rapports des différens membres d'une famille se confirmaient de jour en jour par la notoriété : il se connaissaient, ils étaient connus des autres comme frères et sœurs, comme oncles et neveux, comme cousins, par cette habitude journalière de se traiter réciproquement dans ces différentes qualités.

C'était donc la possession seule qui fixait l'état des hommes ; c'était l'unique espèce de preuve qui fût connue ; et qui aurait voulu troubler cette possession, en supposant un état et une filiation contraire à celle qui était annoncée par cette longue suite de reconnaissance, aurait troublé toute l'harmonie du genre humain.

Les législateurs ont cru devoir porter plus loin les mesures que leur sagesse leur a inspirées. On a cru que si au moment de la naissance de chaque citoyen, son état était consigné dans des registres publics, ce genre de preuves ajouterait un nouveau degré de force à l'état qui devait être établi dans la suite par la possession ; ou que si la possession, par quelques circonstances impossibles à prévoir, pouvait devenir équivoque, le titre primordial pourrait en réparer les vices, et venir au secours du citoyen privé des avantages d'une reconnaissance solennelle. C'est donc ce qui a introduit l'usage des registres publics prescrits par nos ordonnances.

C'est sur ces deux genres de preuves que porte l'état des hommes ; celle de la possession publique est la plus ancienne et la moins sujette à l'erreur, celle des registres publics est la plus nouvelle et la plus authentique. Quand elle se prête un secours mutuel, tous les doutes disparaissent, quand elles ne sont pas unics, les questions peuvent dépendre de la variété des espèces et des circonstances.

Ou l'on est attaqué dans un état dont on est en possession, ou on réclame un état dont on n'a jamais joui. Dans le premier cas, la possession suffit à celui qui est attaqué ; il n'a pas besoin de recourir aux monuments publics, ni à aucun autre genre de preuves ; il possède, et à ce seul titre on ne peut pas hésiter à le maintenir.

Dans le second cas,celui qui réclame un état dont il n'a jamais joui,trouvant le même obstacle de la possession, ne peut réussir dans son entreprise, s'il n'a en sa faveur des titres solennels qui prouvent que la possession et l'injustice l'ont dépouillé.

[ARTICLE 231.]

Ainsi la possession publique qui décidait seule avant l'établissement des registres publics, conserve toujours son premier empire; et c'est elle qui forme toujours la preuve la plus éclatante et la plus décisive; et si elle peut être combattue par des preuves contraires, ce n'est qu'autant que ces preuves posent d'abord sur un fondement solide, adopté par la loi, c'est-à-dire sur les titres les plus authentiques et les plus respectables.

De ces vérités que la raison dicte seule, et qu'elle grave pour ainsi dire, dans le cœur de tous les hommes, naît une conséquence qu'il faut toujours avoir présente à l'esprit.

C'est qu'il ne peut jamais se former une question sérieuse sur l'état d'un citoyen quand les titres et la possession sont d'accord à son égard; soit que ces preuves se réunissent pour confirmer l'état qu'on lui conteste, soit qu'elles se réunissent pour l'exclure de l'état auquel il aspire.

Cette vérité se manifeste également dans deux hypothèses que l'on peut former.

Première hypothèse. Un homme, par son acte de baptême, est déclaré fils légitime d'un tel ou d'une telle sa femme, il a toujours été élevé et connu comme leur fils légitime; si quelqu'un entreprenait de contester son état serait-il écouté? Il aurait à combattre en même tems, et la preuve résultante des régistres publics, et celle qu'administre la possession. En vain articulerait-il alors des faits et demanderait-il permission d'en faire preuve, il serait nécessairement accablé par le poids de ces preuves réunies.

Seconde hypothèse. Un citoyen veut se donner entrée dans une famille, il n'a pour y parvenir, ni le secours des monumens publics, ni l'avantage de la possession; arrêté par ces obstacles invincibles, qu'il articule des faits, qu'il demande permission d'en faire preuve, cette voie inconnue à la loi, funeste à la société, sera nécessairement rejetée dans tous les tribunaux.

La raison en est sensible, c'est que les deux genres de preuve destinés à fixer l'état des hommes se réunissent, ou pour confirmer l'état de celui qui est troublé, ou pour exclure l'état de celui qui réclame, tout autre genre de preuve est nécessairement impuissant. La loi naturelle a établi la preuve qui naît de la possession publique, et la loi civile et politique a établi la preuve qui naît des registres ; l'autorité qui forme le concours de ces preuves est inébranlable, la preuve testimoniale n'est pas d'un poids et d'un caractère qui puisse lui être opposé.

Vingt témoins qui diraient : vous avez été baptisé comme fille d'un tel et d'une telle, vous avez toujours vécu, vous avez toujours contracté comme fille des mêmes père et mère, et néanmoins vous n'êtes pas leur fille, c'est une autre mère qui vous a donné le jour ; ainsi il faut vous chasser du rang que vous occupez dès les premiers moments de votre naissance ; ces témoins ne féraient aucune impression en justice, leur suffrage serait méprisé, et ne pourrait passer que pour une imposture odieuse, autrement il n'y aurait personne qui pût être assuré un seul instant de son état, n'ayant pour garant de son sort que les registres publics et la possession. De même vingt témoins qui diraient, les registres publics n'annoncent point que vous êtes né d'un tel ou d'une telle femme, jamais vous n'en avez été élevé, ni comme pour leur fille, jamais vous n'en avez porté le nom, jamais vous n'en avez occupé le rang, n'importe nous certifions et nous déposons que vous êtes le fruit de leur mariage, et il faut vous introduire dans leur maison ; ces témoins dans ce cas non-seulement ne peuvent mériter la confiance de la justice, mais elle ne peut les entendre qu'avec indignation, parce que leur suffrage se trouve combattu par le concours des preuves qu'administre la loi naturelle et politique, dont le poids les accable.

Disons donc que quand on a en sa faveur l'autorité des titres publics et de la possession, on jouit d'un état inébranlable, et

que par la même raison quand on n'a en sa faveur ni l'une ni l'autre de ces preuves, les tentatives que l'on fait pour s'arroger un état dont on n'a jamais joui, ne peuvent tourner qu'à la confusion de ceux qui s'engagent dans des démarches si téméraires.

Il n'en est pas de même quand les titres et la possession se choquent et se contredisent ; dans la balance de ces preuves contraires, on peut, pour se déterminer, emprunter le secours de la preuve testimoniale et de tout autre genre de preuves, parce que la vérité n'étant pas marquée à ces caractères dont les loix exigent le concours, il faut se prêter à tous les éclaircissements qui peuvent la développer ; on ne s'y détermine qu'avec peine, mais enfin il est des circonstances où c'est un remède nécessaire.

Tels sont les principes, on ne peut trop le répéter, que la raison dicte seule, et qui sont d'ailleurs appuyés sur la décision des loix, le suffrage des plus grands hommes et la saine jurisprudence.

Que l'on parcoure les loix romaines, on y trouve partout la preuve testimoniale proscrite dans les questions d'état : *Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes, soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt ;* c'est la disposition de la loi 2, au Code *de testibus* ; la loi 24, au ff. *de prob.* n'est pas moins formelle : *Probationes quæ de filiis dantur, non in sola affirmatione testium dantur.*

Les ordonnances du royaume animées du même esprit ont voulu que la preuve de la naissance fût faite par les registres publics, comme on le fera voir dans la suite, et en cas de perte des registres publics, elles ont voulu que l'on eût recours aux registres et papiers domestiques des père et mère décédés, pour ne pas faire dépendre l'état, la filiation, l'ordre et l'harmonie des familles, de preuves équivoques et dangereuses, telle que la preuve testimoniale, dont l'incertitude a toujours effrayé les législateurs.

[ARTICLE 231.]

Aussi toutes les fois qu'on s'est présenté avec des faits circonstanciés, et qu'on a entrepris de faire la conquête d'un état nouveau, en demandant permission d'en faire preuve par témoins, le suffrage des plus grands magistrats s'est élevé contre une prétention si funeste à la société, et la cour s'est opposée par son autorité à une tentative si dangereuse.

Chaque espèce s'est trouvée chargée de circonstances différentes, mais le principe général s'est soutenu dans cette variété ; l'art a pu prendre à chaque instant des formes nouvelles, mais une règle invariable a toujours conduit à la vérité au milieu de ce labyrinthe de faits disposés pour séduire et pour égarer ; c'est ce qu'il est aisé de reconnaître en parcourant les principaux monumens de la jurisprudence qui ont été transmis à la postérité.

Dans une cause jugée par arrêt du 7 mars 1641, Marie d'Amitié ayant demandé permission de faire preuve par témoins qu'elle était sœur d'Elisabeth et Anne Roussel ; Mr. l'avocat général Talon soutint comme une maxime indubitable, qu'il était de périlleuse conséquence d'admettre cette preuve, parce qu'il serait facile à toute sorte de personnes de se dire de quelle famille il leur plairait, d'où pourraient naître de grands inconvéniens ; et sur ce fondement Marie d'Amitié fut déboutée de sa demande.

En 1657, M. de la Porte rendit plainte contre Georges de la Croix, qui s'était dit son fils légitime dans une enquête où il avait été entendu comme témoin. Georges de la Croix, appelant de la procédure extraordinaire, soutenait que pendant trente ans M. de la Porte l'avait fait nourrir et élever comme son fils, qu'il avait donné ordre à son valet de chambre lorsque l'appelant était à Rouen, de payer les pensions pour ses études, qu'il avait écrit aux jésuites de Rouen de prendre le soin de l'éducation de l'appelant, il offrait de faire entendre les domestiques des personnes de condition, des conseillers de Rouen et autres à qui M. de la Porte avait écrit et parlé

de l'appelant comme de son fils. Cependant M. l'avocat général Talon ayant soutenu que comme l'état et la naissance ne se peuvent vérifier par témoins, mais seulement par titres, pour lors à l'égard de celui qui se prétend d'une condition dont il ne rapporte point de titres, ne pouvant prouver son état par témoins, sa prétention passe pour une imposture et pour une usurpation qui font le crime pour lequel il peut être poursuivi. Par l'arrêt conforme aux conclusions, Georges de la Croix fut condamné à comparoir en personne dans la chambre en présence du sieur de la Porte et de six personnes telles qu'il voudra choisir, où il déclarera que témérairement et sans preuve il s'est dit fils du sieur de la Porte, dont il s'en repent, et en demande pardon à Dieu, au roi et à la justice, et pareillement au sieur de la Porte, et il lui fut fait défenses de se le dire à l'avenir.

Dans l'affaire de Marsault jugée par l'arrêt du 12 janvier 1686, on articulait des faits bien précis, la preuve par témoins avait été faite par voie d'information. La marraine du prétendu Marsault avait été entendue, et avait déposé de tous les faits de sa naissance et de son éducation conformément aux faits qu'il avait articulés ; cependant sur l'appel porté en la cour de toutes ces procédures, les principes furent encore rappelés par M. Talon qui dit : que la seule preuve par témoins n'était pas suffisante dans les questions d'état ; que les dispositions de droit en avaient été rapportées, qui étaient précises et formelles ; que si cette voie était admise, elle serait d'une conséquence infinie dans le public, et il n'y aurait plus de sureté dans les familles ; que les plus sages peuples de la terre ont voulu qu'il y eût des témoignages publics de la naissance des enfans. Ce qu'il y avait de singulier dans cette cause est, que le prétendu Marsault avait en sa faveur le suffrage de toute la famille, les parens des père et mère qui le désavouaient étaient intervenus en faveur du fils ; mais nonobstant leur intervention, en infirmant toute la procédure

faite à la requête du prétendu Marsault, il lui fut fait défenses de se dire fils du sieur et dame Marsault, à peine de punition exemplaire.

L'arrêt du 19 mai 1691, nous fournit encore des preuves du même principe dans le discours de M. le chancelier, alors avocat général. Une fille nommée Coulon, se prétendit fille de Pierre d'Avril, elle rapportait quelques certificats de plusieurs de ses parens, sa mère prétendue lui avait légué 6000 liv. par testament : et comme on prétendait que Pierre d'Avril était mort en 1646, ce qui aurait détruit son système, puisqu'elle prétendait n'être née qu'en 1650, elle rapportait un certificat contraire, portant que Pierre d'Avril n'était mort qu'en 1656 ; enfin elle offrait de faire preuve par témoins de sa naissance. M. le chancelier soutint que la fille prétendue ne pouvait pas demander à faire preuve de sa légitimité ; que cela serait contraire au droit commun ; que l'ordonnance de 1667 ne marquait qu'un cas où ces sortes de preuves fussent permises, savoir quand les registres avaient été perdus ; que l'intimée n'était point dans le cas de cette exception ; qu'elle était au contraire dans la règle générale, où il est certain qu'on admet point ces preuves d'état par témoins ; qu'il y a de cela plusieurs dispositions de droit dans le code et dans le digeste ; que c'était aussi la jurisprudence des arrêts. Ces principes furent consacrés par l'arrêt qui débouta la fille de sa demande, et lui fit défenses de prendre le nom d'Avril.

Mais pourquoi rappeler d'anciens préjugés, quand nous en avons un si célèbre que la cour vient de rendre dans l'affaire de la dame de Sasilly. Un particulier avait entrepris de persuader qu'il était fils des sieur et dame de Sasilly ; il avait articulé les faits les plus importants et les plus précis; il avait obtenu des Juges de Chinon la permission d'en faire preuve ; son enquête était composée d'un grand nombre de témoins qui déposaient d'une manière si claire et si précise

de son sort, qu'on ne pouvait se refuser à l'évidence de l'état qu'il réclamait, si un pareil genre de preuve avait pu être admis ; il joignit même depuis une lettre de la dame de Sasilly qui marquait non-seulement le vif intérêt qu'elle prenait pour lui, mais encore qui recommandait le secret et le mystère ; mais tout cela ne put l'emporter sur l'austérité des règles; et par un arrêt solennel la sentence qui avait ordonné la preuve fut infirmée, et le prétendu Sasilly fut débouté de sa demande.

On ne jugea pas que la preuve fut insuffisante ; car si on l'avait pensé, il aurait fallu confirmer la sentence qui l'avait ordonnée et renvoyer devant les premiers juges, pour décider du sort de l'enfant sur la preuve faite ; mais on jugea que la preuve n'avait pas dû être admise, et en conséquence en infirmant la sentence, on le débouta de sa demande.

C'est donc une jurisprudence constante, fondée sur l'autorité des loix et des ordonnances, qu'en matière d'état il faut avoir dans les registres publics ou dans des monumens authentiques une preuve de filiation, et que quand on est dénué de ce secours, la preuve testimoniale ne peut être proposée. Si on l'a admise dans l'affaire de la demoiselle Ferrand, c'est qu'elle avait dans les registres de la paroisse Saint-Sulpice et dans le procès-verbal fait le même jour à la requête de M. le président Ferrand son père, une preuve légale, une preuve d'ordonnance, s'il est permis de parler ainsi, de sa naissance et de l'accouchement de Mme. la présidente Ferrand, preuve soutenue par la reconnaissance précise de madame la présidente Ferrand, qu'elle était accouchée d'une fille le même jour, sans pouvoir justifier de sa mort. Ces titres, cette reconnaissance mettaient la cause de la demoiselle Ferrand dans un si grand jour, et en même tems présentaient une espèce si singulière, qu'on ne pouvait jamais appréhender la preuve testimoniale, qui devait leur donner un nouveau poids. Disons plus, la preuve de la

naissance et de l'existence d'une fille de madame la présidente Ferrand n'avait plus besoin d'être soutenue d'aucune preuve ; et si on la demandait surabondamment, ce n'était que pour achever de dissiper les doutes que l'on affectait de répandre sur l'identité de la personne qui se présentait comme la fille dont madame la présidente Ferrand était accouchée.

Ce préjugé qui n'a point été entendu au Châtelet et sur lequel il ne serait pas impossible que le public ne se fût abusé, n'est point à craindre en la cour, qui en sait les motifs et les circonstances. Elle sait qu'elle a toujours été animée du même esprit qui a dicté l'arrêt de Sasilly, qu'elle a rejeté dans celui-ci la preuve testimoniale, parce qu'il n'y avait aucune preuve authentique de la filiation ; qu'elle l'a admise dans l'autre, parce qu'au contraire les monumens publics s'expliquaient en faveur de la demoiselle Ferrand. C'est ainsi que la droite raison sait éviter des extrémités également funestes, et que comme elle ne rejette point une preuve juridique, elle ne donne point aussi légèrement dans une preuve contre laquelle toutes les loix et tous les principes se sont élevés dans tous les tems.

---

* 8 *Nouveau Denisart*, *Vo.* *Etat*, *p.* 11. } La réunion de l'acte baptistaire et de la possession d'état conforme au même acte, étant la bâse la plus assurée de l'état des hommes, c'est aussi le plus fort argument qu'on puisse opposer à celui qui réclame un état dont il n'a jamais joui. Vous prétendez être fils d'un tel et d'une telle, mais vous avez été baptisé comme fils d'autres personnes ; vous avez une possession d'état suivie dans tous les âges de votre vie, conforme à votre acte baptistaire ; vous avez le titre de votre état; vous avez une possession conforme à votre titre; vous êtes donc mal fondé à réclamer un autre état.

Il faut au réclamant des circonstances bien favorables pour détruire le préjugé qui s'élève contre lui, du titre et de la possession conformes entre eux, mais contraires à l'état réclamé. Aussi plusieurs personnes ont-elles succombé dans cette circonstance.

La possession d'état doit être établie sur de solides preuves. Les lois, disait M. de Saint-Fargeau dans la cause des enfans des sieur et dame Simonet, en ont ménagé un grand nombre d'authentiques, en introduisant l'usage fréquent des actes, en fixant les noms de famille et de baptême, et ne permettant pas de les changer ; enfin en obligeant de paraître revêtu de son nom et de son état en mille occasions remarquables de la vie civile.

Les autres faits de possession consistent, pour la plupart, dans une habitude journalière dont il ne saurait guère subsister de vestiges. Quelquefois on se sert de la preuve testimoniale pour former un corps suffisant de lumières par la réunion des rayons dispersés. Mais ce genre de preuve, toujours suspect, ne doit être admis qu'avec la plus grande circonspection, et, s'il est permis d'user ici de ce terme, avec une crainte vraiment religieuse.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 881 *et suiv.* } L'état des enfans, c'est-à-dire leur filiation et leur légitimité, n'est donc pleinement assurée et à l'abri de toute contestation, que lorsqu'ils réunissent ces trois choses en leur faveur, l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, l'acte de leur naissance, et enfin la possession constante de l'état d'enfant légitime. C'est alors seulement qu'il est vrai de dire avec l'art. 322, que nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

En effet, si la possession est conforme à l'acte de naissance de l'enfant, il n'est pas possible de douter de l'identité de sa personne, ni de prétendre qu'il est un enfant supposé. Si on

prouvait que l'enfant dont l'acte de naissance paraît, est mort ou perdu par quelque accident, et que celui qui prétend s'approprier l'acte de naissance est un enfant qu'on a substitué à sa place, la possession de ce dernier ne serait plus constante comme l'exige la loi. Elle serait interrompue, ou plutôt elle serait entée sur la possession d'un autre; sa possession ne serait plus conforme à son titre, à l'acte de sa naissance, mais au titre, à l'acte de naissance d'un autre: cet enfant substitué ne serait donc plus dans le cas de l'art. 322.

Si l'on voulait contester la légitimité en prouvant que le mariage des père et mère est nul, l'enfant répondrait que, suivant les art. 201 et 202, le mariage nul n'en produit pas moins les effets civils en faveur des enfants, pourvu que les époux, ou seulement l'un d'eux fût de bonne foi.

[882]. Il existe cependant un cas où l'on pourrait contester, non pas la filiation, mais la légitimité de l'enfant qui réunirait ces trois choses, l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, l'acte de naissance et une possession d'état conforme: c'est le cas où le mariage se trouverait nul, et les deux époux de mauvaise foi; par exemple, si le mariage était contracté entre deux personnes engagées l'une et l'autre dans les liens d'un premier mariage existant. Dans ce cas la disposition finale de l'art. 322, quoique conçue en termes prohibitifs, souffriraient exception, ou plutôt elle ne serait pas applicable, et les enfans adultérins issus de cette union ne seraient pas admis à partager la succession de leurs père et mère avec les enfans légitimes issus des premiers mariages; il ne leur serait dû que des alimens sur les biens de leurs père et mère, parce que leur filiation serait prouvée.

Pour rendre vrai, dans tous les cas sans exception, la maxime générale qui forme la seconde disposition de l'art. 322, il faut donc supposer, avec le Code, un mariage légitime ou de bonne foi. Alors il est rigoureusement vrai que nul ne peut contester l'état de celui qui réunit la preuve d'un

mariage légitime ou de bonne foi entre ses père et mère, à l'acte de naissance, et à une possession conforme.

Et réciproquement, cet individu ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre, puisqu'en supposant ce titre vrai, condition sans laquelle l'article 322 serait sans application, cet individu réclamerait un état autre que celui que la nature et la loi lui ont donné. Ainsi entendues comme elles doivent l'être, les deux dispositions de cet article sont des axiômes d'une vérité incontestable.

---

* 5 *Demolombe*, *No.* 218 *et suiv.* } Jusqu'à présent nous nous sommes occupés séparément d'abord de l'acte de naissance, ensuite de la possession d'état; et nous avons vu que la preuve de filiation légitime, qui en résulte, n'est absolue ni pour ni contre l'enfant.

Elle n'est point absolue pour lui; car, s'il peut se prévaloir de l'état que lui confère son acte de naissance ou sa possession on peut combattre cette preuve et contester cet état.

Elle n'est point absolue contre lui; car, si on peut lui opposer l'état que lui confère son acte de naissance ou sa possession, il peut combattre lui-même cette preuve et répudier cet état. La filiation légitime, prouvée seulement par l'un de ces deux moyens, est donc de part et d'autre contestable.

[219]. En est-il encore de même, lorsque cette filiation est prouvée par l'acte de naissance et la possession d'état réunis et d'accord ?

L'article 322 répond en ces termes :

" Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance et la possession conforme à ce titre.

" Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance."

La preuve est donc cette fois irréfragable envers et contre

tous, soit pour l'enfant contre les autres intéressés, soit pour les autres intéressés contre l'enfant. C'est qu'il faut bien qu'il y ait quelque chose de certain ; c'est que l'accord du titre de naissance et de la possession d'état, c'est-à-dire des deux fondements les plus solides de l'état des hommes, imprime alors à la filiation un caractère de vérité irrécusable. Il ne sera pas impossible encore sans doute, que ces deux moyens se réunissent pour protéger une fraude, une usurpation, une suppression d'état. Un homme et une femme mariés et sans enfants, pourraient, il est vrai, faire présenter à l'officier de l'état civil, et élever ensuite comme leur propre enfant un étranger ; mais ce sera toujours là une hypothèse très rare, très exceptionnelle, tandis qu'au contraire la règle elle-même protège constamment un nombre infini de situations et consolide, pour le plus grand bien de tous, l'état des personnes, le repos des familles, le bon ordre de la société. Aussi, déjà dans notre ancienne jurisprudence, vers le commencement du XVIIIe. siècle, cette maxime avait-elle fini par prévaloir (voy. 102e. plaid. de Cochin) ; et si des exemples trop célèbres l'ont quelquefois démentie, si *Marie Aurore* a bien pu se faire déclarer fille adultérine du maréchal de Saxe, malgré son acte de naissance et sa possession d'état qui lui attribuaient une filiation légitime, c'est que la règle, alors purement doctrinale, n'avait pas été législativement consacrée, et qu'il arrivait là ce que, par malheur, on peut trop souvent remarquer dans l'histoire juridique de ce temps, que les grands noms et les hautes puissances profitaient scandaleusement parfois de ces indécisions de la doctrine.

[220.] Notre article 322 est très-clair, et quelques observations serviront pour déterminer :

A. Les conditions sous lesquelles il produit la preuve, que la loi y attache ;

B. Le degré de force de cette preuve elle-même.

A. Le fait prévu et régi par l'article 322 est celui-ci :

[ARTICLE 231.]

Un acte de naissance, inscrit sur les registres de l'état civil, déclare Paul fils légitime de Pierre et de Sophie ; et ce même Paul a, en effet, la possession constante de l'état de fils légitime de Pierre et de Sophie.

C'est dans cette hypothèse que la loi déclare deux choses : que Paul ne pourra réclamer aucune autre filiation, ni naturelle ni légitime, et que, réciproquement, nul ne pourra lui contester cette filiation et soutenir qu'il n'est pas l'enfant légitime de Pierre et de Sophie.

[221.] On voit les conditions juridiques que ce fait exige ; il faut :

1° Qu'il y ait un *titre de naissance* (art. 322), c'est-à-dire, *un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil.* (Art. 319);

2° Qu'il y ait une possession d'état (arts. 320, 321) conforme à cet acte de naissance.

En un mot, pour que l'art. 322 soit applicable, il faut que toutes les conditions exigées par les articles 319, 320 et 321 se trouvent réunis dans la même personne.

[222.] Dans la même personne, dis-je ; car l'identité de celui qui a la possession d'état, avec l'enfant qui est désigné dans l'acte de naissance, peut être contestée ; et l'art. 322 n'est, bien entendu, applicable que lorsque cette identité est, avant tout, bien établie. Autrement la possession d'état ne serait pas *conforme* à l'acte de naissance ; il y aurait séparément titre de naissance pour un individu et possession d'état pour un autre individu ; nous n'aurions plus la réunion et la force collective de nos deux preuves.

[223.] Le principe est certain ; mais les applications peuvent en être fort délicates et demander, en fait, beaucoup de prudence.

Si on vient dire, par exemple, que cet individu, aujourd'hui en possession d'état d'enfant légitime de Pierre et de Sophie, n'est pas le même enfant que celui qu'un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil attribue à Pierre et à

Sophie ; si on offre de prouver qu'après la rédaction de l'acte de naissance cet enfant est mort et a été remplacé par un autre, ou que même il y a eu, chez la nourrice, substitution d'un autre enfant à celui de Pierre et de Sophie, devrons-nous admettre cette preuve ? Je le pense ; car elle tend à isoler la possession du titre ; elle a pour but d'établir que cette possession n'est pas conforme au titre, et que l'individu qui possède l'état d'enfant légitime, n'est pas le même que celui pour lequel l'acte de naissance à été dressé.

[224.] Supposez, au contraire, que l'on soutienne que c'est avant la rédaction de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil, qu'à eu lieu le décès de l'enfant de Pierre et de Sophie, ou la substitution d'un autre enfant au leur? La preuve alors me paraîtrait irrecevable, car ce serait bien pour cet enfant que l'acte de naissance aurait été dressé ; cet enfant aurait donc, tout à la fois, titre et possession conformes. Si on alléguait que Pierre et Sophie n'ont jamais eu d'enfant, la preuve en serait certainement irrecevable ; or, qu'importe que l'on ajoute que leur enfant est mort ou a été changé ?

[225.] Serait-il permis de prouver que l'acte de naissance a été falsifié après coup, pour le rendre conforme à la possession d'état de l'enfant ? Ceci devient plus difficile ; car le titre, du moins dans ses énonciations actuelles, et la possession d'état se réunissent et s'accordent ici à l'égard de la même personne. Pourtant le titre de naissance dont parle l'art. 322 est l'acte de l'état civil dressé pour l'enfant lui-même et conformément à son véritable état ; or nous supposons que l'altération que cette acte a subie démontrera qu'il ne s'appliquait pas au même individu auquel on l'a frauduleusement attribué après coup ; donc nous ne sommes plus dans les conditions de l'art. 322. (Valette sur Proudhon, t. 2, p. 85, note b ; Bonnier, Traité des preuves, No. 136.)

[226.] N'allons pas trop loin pourtant, et gardons-nous

d'ébranler la règle si sage que l'art. 322 a posée. Il faudrait donc déclarer non recevable toute autre prétention qui s'attaquerait directement à l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil, afin de l'isoler de la possession d'état, lors même qu'on offrirait de recourir à l'inscription de faux. (Duranton t. 3, No. 133 *bis*.)

En vain alléguerait-on que l'enfant a été inscrit sous de faux noms. Cet acte de naissance, porté sur les registres de l'état civil, a-t-il été rédigé en effet pour le même enfant qui a la possession d'état d'enfant légitime que ce titre lui attribue? Tout est là; et lorsque ces conditions existent, la filiation légitime est prouvée d'une manière absolue. S'il suffisait en effet de soutenir que l'enfant a été inscrit sous de faux noms, jamais l'art. 322 ne pourrait arrêter aucune action en réclamation d'état de la part de celui qui prétend avoir été inscrit sous de faux noms, l'art. 323, dis-je, absorberait complètement l'art. 322. Aussi M. Demante, qui sur l'hypothèse précédente, se borne à dire dubitativement que l'art. 322 ne serait *peut-être* pas applicable, " si l'enfant prétendait que la conformité du titre à la possession provient d'un faux matériel," déclare, t-il au contraire, en termes plus affirmatifs, que " l'enfant ne serait pas, en général, admis à se prétendre inscrit sous de faux noms, si sa possession d'état était conforme au titre qu'il veut ainsi combattre." (*Programme*, t. 1, No. 304, note 1; Merlin, Rép., t. 7. Vo. *Légitimité*, sec. 3, No. 4.; Zachariæ, t. 3, p. 655).

[228.] B. Quant au degré de force de la preuve qui résulte de notre article 322, c'est un point qui nous est déjà bien acquis et qu'on peut résumer en deux mots: *cette preuve est irréfragable.*

La preuve, bien entendu, de la *filiation* légitime, la seule dont il s'agit ici, et non pas la preuve de la légitimité dont nous ne nous occupons pas, ou plutôt que nous supposons préalablement faite.

[ARTICLE 231.]

[229.] On pourrait donc toujours, malgré le concours de l'acte de naissance et de la possession d'état, contester la légitimité de l'enfant, c'est-à-dire l'existence et la validité du mariage de ses père et mère au moment de sa conception ou de sa naissance ; car le mariage des père et mère se prouve, non point par l'acte de naissance de l'enfant, ni par la possession d'état, mais par la représentation de l'acte même de célébration, excepté dans le cas prévu par l'art. 197. Il nous est donc impossible d'approuver une décision contraire de la Cour de Montpellier (2 Mars 1832, Griffaulières, Dev., 1832, II 610 ; Toullier et Duvergier, t. II, Nos. 881 et 882 ; Valette sur Proudhon, t II, p. 85, note b ; Bonnier, *Traité des preuves*, No. 137).

[230.] La preuve de la filiation légitime est, dis-je, alors irréfragable. Est-ce seulement pour ce qui concerne les actions en contestation d'état proprement dites ? et faudrait-il nonobstant l'article 322, admettre une action en désaveu ? Zachariæ enseigne l'affirmative (t. III, p. 665) et l'on peut dire effectivement que cette espèce particulière de contestation loin de nier que la filiation légitime de l'enfant soit légalement prouvée, en reconnait elle-même la preuve, à ce point qu'il n'y a d'action en désaveu possible que contre l'enfant dont la filiation légitime est prouvée. Le désaveu, sans doute, tend à renverser cette preuve ; mais encore une fois, il ne nie pas, et dès lors il semblerait ne pas devoir être arrêté par l'art. 322, qui élève surtout sa fin de non-recevoir contre ceux qui voudraient soutenir que cette] double preuve est mensongère.

Ce raisonnement ne manque certainement pas de logique, et ne me parait pas, à quelques égards, mal formulé ; mais à quoi bon, si votre action en désaveu doit être toujours, en pareil cas, non recevable par une autre cause, très juridique aussi et très péremptoire ? L'action en désaveu, en effet, n'est recevable que dans les deux mois, après que le mari a décou-

vert la naissance de l'enfant qui lui aurait été cachée ; or l'article 322 suppose que l'enfant a la possession constante d'état d'enfant légitime non-seulement à l'égard de sa mère, mais aussi à l'égard du mari ; donc il est très-difficile de comprendre comment un enfant, qui se trouverait dans les conditions exigées par l'art. 322, pourrait être encore exposé à une action en désaveu (Marcadé, art. 322, no. 1).

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 200. } Voyez ce que nous avons dit au titre du mariage, p. 330 et suiv. du tôme 3—(cité sous l'art. 162, C. C. B. C.)

L'article 322 énonce, bien précisément, les trois caractères que nous avons dit être nécessaires pour constituer la possession d'état. *Nomen*, c'est d'avoir porté le nom du père qu'on réclame. *Tractatum*, c'est d'avoir été traité par lui comme son enfant, et reconnu comme tel par sa famille *Famam*, c'est d'avoir été regardé par le public, et connu. comme enfant d'un tel et d'une telle.

---

* *C. N.* 322. } Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre ; et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

---

232. A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoin.

Cependant cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a un commence-

232. In default of the act of birth and of an uninterrupted possession, or if the child have been described either under false names, or as being the child of unknown parents, the proof of filiation may be made by testimony ;

Nevertheless this evidence can only be admitted when there is a commen-

ment de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission.

cement of proof in writing, when the presumptions or indications resulting from facts then ascertained, are sufficiently strong to permit its admission.

---

* *Cod., Lib. IV, Tit. XX, De testibus*, L. 2. } Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes: Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.

* *Ibid, Lib. IV, Tit. XXI. De fide instrumentorum, L.* 6. } Statum tuum, natali possessione perdita, mutilatum non esse, certi juris est.

* V. *Cod., Lib. V, Tit.* 4, *De nuptiis, L.* 9, cité sous l'article 229.

---

* 4 *Journ. des Aud., p.* 322-323. } Arrêt du 19 Mars 1691. " On ne peut " demander à faire preuve par témoins " de son état de légitime, surtout lorsque l'on n'a point d'ex- " trait baptistaire, ni d'autre commencement de preuve par " écrit, et que l'on n'allègue point la perte des registres de " baptêmes."

Le 19 Mars 1691, en l'audience de la Grand'Chambre, au rôle de Paris, cette question fut plaidée et décidée.

Le fait était qu'après la mort de Pierre Davril, lequel avait été secrétaire de Monsieur de Châteauneuf, garde-des-sceaux et de Dame Laval, sa femme, Seïa se crut être leur fille, et ayant été avertie par le sieur Coulon, président de l'Election de Dreux, qu'elle n'avait point été baptisée, elle se fit baptiser à St. Sulpice sous condition, après une permission par elle obtenue de l'official; c'était en l'année 1677, auquel temps elle était âgée de près de vingt-sept ans; elle prit pour parrain et marraine quelques prétendus parens paternels, et se fit nommer Anne-Elizabeth Davril.

[ARTICLE 232.]

Pierre Davril n'avait laissé de sa femme qu'un fils, lequel s'était fait religieux, et une fille nommée Henriette, laquelle s'étant remariée en secondes noces avec le Sieur de Tierceville, avait eu plusieurs enfans de ce mariage, et était décédée, ainsi que le Sieur de Tierceville, laissant leurs enfans mineurs.

Cette prétendue Elizabeth Davril intenta donc contre ces mineurs une demande, afin de partage, et pour cet effet elle fit donner assignation au Châtelet au Sieur Auroud, leur tuteur, contre lequel elle obtint d'abord quelques sentences par défaut, et une enfin par laquelle il fut ordonné que l'inventaire des meubles trouvés après le décès de ses prétendus père et mère, lui serait communiqué, que le dit tuteur lui rendrait compte et lui donnerait copie du contrat de mariage des dits Pierre Davril et sa femme.

Sur l'appel de ces sentences, Maître de Vaux pour les mineurs, disait qu'il était surprenant de voir avec quelle hardiesse l'intimée se voulait mettre dans leur famille ; qu'elle avait été vingt-sept ans sans y penser ; qu'enfin après la mort de ceux qui pouvaient avoir plus de lumière de ce fait, elle s'en ressouvenait et en formait la prétention : cependant qu'elle n'en avait aucune preuve, puisqu'elle n'avait point d'extrait baptistaire ; qu'elle n'osait apparemment rapporter le véritable ; que le certificat du Père Davril, religieux, était mendié ; que la reconnaissance qu'il faisait que l'intimée était sa sœur, était un pièce peu considérable, puisque l'on sçavait que c'était un homme de mauvaise vie ; ses supérieurs l'ayant certifié capable de tout faire pour avoir du vin ; que le certificat des autres parens n'était pas plus considérable ; qu'au contraire, un Jésuite de la famille avait déclaré qu'il ne la connaissait point ; que Pierre Davril était mort en 1646 et que cependant elle se disait née en 1650, que l'extrait mortuaire que l'intimée rapportait du dit Sieur Davril ne méritait point qu'on y ajoutât foi, parce qu'il avait été donné en

Angleterre, sans être légalisé, et qu'aussi il avait été traduit de l'anglais, sans partie appelée.

D'ailleurs qu'Anne Laval avait pris la qualité de veuve dès 1646, et qu'elle n'avait point quitté cette qualité; qu'elle avait eu l'intimée auprès d'elle comme sa servante; qu'à l'article de la mort elle n'avait point déclaré qu'elle fut sa fille; qu'au contraire elle lui avait légué ses meubles, et quelques billets de sommes à elle dûes par le sieur Coulon; qu'au surplus tout ce que l'intimée alléguait d'ailleurs n'était qu'une histoire faite à plaisir, et qu'il n'y avait point d'apparence de lui permettre de faire preuve par témoins d'un fait de telle nature.

Il y avait d'autre part des parens maternels qui disaient qu'ils ne la connaissaient point pour être de leur famille, et qui au surplus employaient les moyens des appelants.

Maître Tribolet pour l'intimée, disait qu'elle avait eu le malheur d'être née pendant les infortunes de son père; qu'il n'avait ôsé se montrer dans le temps de sa naissance; qu'on avait différé son baptême dans l'espérance de la faire tenir sur les fonds par un prince anglais, chez lequel son père était gouverneur: qu'enfin sa mère avait toujours déguisé qu'elle fût sa fille pour mieux pourvoir son aînée; que plusieurs de ses parens l'avaient reconnue, entre autres son frère, le Religieux, qui lui avait donné un certificat, portant qu'elle avait été élevée et mise en pension comme sa sœur; qu'elle avait encore d'autres certificats; qu'enfin si cela n'était pas encore assez évident, elle offrait d'en faire la preuve par témoins, et qu'elle espérait que cela lui serait fort facile, que de plus il était constant que son père n'était mort qu'en 1656, suivant le certificat qu'elle en rapportait; qu'il n'était pas vrai qu'elle eût été en qualité de servante chez Anne Laval, ni qu'elle eût jamais porté le nom de Françoise Coulon; qu'enfin le testament de sa mère faisait connaître qu'elle l'avait regardée autrement que comme une

servante, par le legs qu'elle lui avait fait de valeur de près de 6000 livres.

Il se trouvait au surplus des intervenans en la cause, lesquels se disaient parens paternels de l'Intimée, qui portaient le même nom Davril, l'avouaient et reconnaissaient pour leur parente.

Monsieur l'avocat-général D'Aguesseau, à présent monsieur le procureur-général, dit avec beaucoup d'éloquence que les questions d'état, comme celles-là étaient de très-grande conséquence dans le public ; que quoiqu'il y eût bien des faits avancés de part et d'autre qui se contrariaient, il n'était pourtant pas difficile de découvrir la vérité au milieu de tout cela ; que dans cette contestation les sentences intervenues au Châtelet n'étaient point considérables, parce qu'étant rendues par défaut, il y avait eu plus de surprise que d'autre chose ; qu'il fallait seulement examiner les preuves que l'Intimée rapportait, de son état, et si l'on pouvait au défaut de preuves suffisantes par écrit, lui permettre de faire une preuve par témoins ; qu'à l'égard des preuves que l'Intimée rapportait, elles se détruisaient d'elles-mêmes par leur peu de poids et par leur contradiction ; que le certificat du moine Davril était une pièce mendiée, et qui se contredisait, par ce qui y était exprimé, sçavoir que Pierre Davril se cachait dans Paris, et que cependant il était au temps de la naissance de l'Intimée auprès d'un seigneur anglais en une académie et lieu public dans cette ville ; que ce certificat contenait encore que l'Intimée était née dans l'année que monsieur de Broussel, conseiller en la Cour, avait été arrêté, ce qui était arrivé en l'année 1648, et que cependant l'Intimée ne prétendait être née qu'en l'an 1650.

Que l'extrait mortuaire de Pierre Davril, qui était rapporté, n'était pas digne de foi, étant une pièce informe ; et ayant été traduit sans autorité de justice ; qu'enfin les autres certificats étaient encore moins recevables. Que dans ces circonstances,

l'intimée ne pouvait pas demander à faire preuve de sa légitimité, que cela serait contraire au droit commun ; que l'Ordonnance de 1667, ne marquait qu'un cas où ces sortes de preuves fussent permises ; sçavoir quand les registres avaient été perdus, mais que l'intimée ne se trouvait pas dans le cas de cette exception ; qu'elle était au contraire dans la règle générale, où il est certain que l'on n'admet point ces preuves d'état par témoins : qu'il y a de cela plusieurs dispositions de droit dans le digeste et dans le Code ; entre autres au digeste la loi *non nudis asseverationibus*, la loi cinquième au Code *de probationibus*, et la loi seconde au Code *de testibus*, que c'était aussi la jurisprudence des arrêts ; mais qu'il y avait dans l'espèce particulière deux circonstances bien fortes pour faire rejeter la prétention de l'intimée ; la première, qu'elle avait eu le nom de Françoise Coulon ; la seconde, qu'Anne Laval, sa prétendue mère, étant à l'article de la mort, ne l'avait point reconnue ; que cependant il était à présumer que si l'intimée eût été sa fille, elle n'aurait pas manqué de le déclarer, puisque la raison que l'intimée prétendait l'en avoir empêchée pendant un temps, ne subsistait plus ; qu'en effet lors du décès d'Anne Laval, sa fille était mariée en secondes noces au Sieur de Tierceville ; qu'au contraire Anne Laval avait fait un legs à l'intimée et la sollicitation que Coulon lui avait faite ne l'excusait pas, Monsieur le procureur-général ne pourrait s'empêcher par le devoir de sa charge, de requérir pour punir l'imposture de l'intimée, qu'on la condamnât en de grosses réparations ; mais qu'il fallait avoir pitié d'elle, qu'elle avait ignoré elle-même qui elle était. D'ailleurs que comme ce n'était pas une famille illustre par sa noblesse, qu'elle attaquait, ni une succession fort avantageuse à qui elle en voulait, ce serait assez la punir que de lui faire défenses de prendre le nom qu'elle avait usurpé.

La Cour, sur les conclusions de Monsieur l'avocat-général a reçu les parens tant paternels que maternels, parties inter-

venantes en la cause, et sans avoir égard à l'intervention des dits parens paternels, ni à la requête présentée par la partie de Tribolet, dont elle a été déboutée, ayant aucunement égard à l'intervention des parens maternels, a mis l'appellation et ce dont était appel au néant; émendant, a renvoyé les parties de de Vaux de la demande contre eux formée, défenses à la partie de Tribolet de prendre le nom Davril, et l'a condamnée aux dépens.

---

* *Lacombe, Vo. Etat, p.* 208. } L'on n'est point reçu à la preuve de son état, s'il n'y a extrait baptistaire, commencement de preuve par écrit, ou si on n'allègue la perte des registres. Arrêt 19 Mars 1691.—Ord. 1667, Tit. 20, art. 14.

---

* *Ordonnance* 1667, *Tit.* 20, *art.* 14. } Si les registres sont perdus, ou qu'il n'y en ait jamais eu, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins, et en l'un et l'autre cas, les baptêmes, mariages et sépultures pourront être justifiés tant par les registres ou papiers domestiques des pères et mères décédés, que par témoins, sauf à la partie de vérifier le contraire, même à nos procureurs généraux, et à nos procureurs sur les lieux quand il s'agira de capacités de bénéficier réceptions, sermens et installations aux charges et offices.

---

* 10 *Guyot, Vo. légitimité, p.* 389 *et suiv. sec.* 3*e.* } *De la preuve des circonstances qui établissent ou font présumer juridiquement la légitimité.*

Il y a, comme on le sait, trois sortes de preuves; celle qui résulte des aveux des parties, la littérale, et la testimoniale.

Il n'y a aucune difficulté lorsque les circonstances qui établissent ou font présumer juridiquement la légitimité, sont avouées par les parties, ou constatées par des actes en bonne

forme. Dans l'un comme dans l'autre cas les juges trouvent les faits prouvés d'une manière indubitable, et ce n'est que sur le droit qu'ils ont à prononcer.

Mais lorsqu'on ne leur offre qu'une enquête testimoniale pour vérifier toutes les circonstances dont on prétend faire résulter une présomption juridique de légitimité, doivent-ils admettre cette espèce de preuve ? La négative ne souffre aucune espèce de doute dans la thèse générale. Les jurisconsultes romains, quoique naturellement portés à donner aux dépositions des témoins le même effet qu'aux actes les plus solennels, regardaient cependant la preuve testimoniale comme insuffisante dans les questions d'état. Ils pensaient qu'il était dangereux de faire dépendre la destinée d'une famille, son repos, sa sûreté, de l'ignorance ou de la malice d'un témoin passionné, surpris ou corrompu. La loi 2, au Code *de testibus*, nous présente un monument bien précieux de cette doctrine. Un affranchi prétendait être né libre et dans l'état d'ingénuité ; il consulta l'empereur Alexandre sur la question de savoir s'il pouvait vérifier sa prétention par témoins, Alexandre lui répondit : Défendez votre cause par tous les actes et les indices que vous avez sous la main ; *defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes :* car la preuve vocale ne suffit pas seule pour établir votre ingénuité ; *soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.*

Cette décision a été reçue dans nos mœurs, et elle a servi de motif à plusieurs arrêts solennels du parlement de Paris : il y en a un du 7 mars 1641, qui déboute Marie d'Amitié de sa demande en permission de faire preuve par témoins qu'elle était sœur d'Elisabeth et Anne Roussel. On en trouve un autre du 27 mars 1659 qui juge la même chose. Il y en a un troisième dans le journal des audiences, sous la date du 12 janvier 1686 ; il a été rendu sur les conclusions de M. Talon : le plaidoyer de ce magistrat porte formellement " que

la seule preuve par témoins n'est pas suffisante dans les questions d'état ; que les dispositions de droit en sont formelles et précises ; que si cette voie était admise elle serait d'une conséquence infinie dans le public, et il n'y aurait plus de sûreté dans les familles...

Tous ces arrêts ont été rendus contre des parties, qui, sans indices, sans présomptions, *sans commencement de preuve par écrit*, voulaient faire entendre des témoins pour déposer en leur faveur : mais il ne faut pas en conclure que cette espèce de preuve soit indistinctement inadmissible dans les questions d'état ; on peut même faire voir par plusieurs textes du code et du digeste, que le droit civil l'admettait en certaines circonstances. La loi 6, au Code *de fide instrumentorum*, assure que la légitimité d'un enfant ne reçoit aucune atteinte par la perte des titres : *statum tuum natali possessione perdita mutilatum non esse certi juris est.* La loi 9, au code *de nuptiis*, est encore plus formelle ; elle décide que l'enfant dont l'état n'est constaté ni par un contrat de mariage par écrit de son père et de sa mère, ni par une déclaration faite au moment de sa naissance dans les registres publics, ne laisse pas d'être légitime si son père et sa mère ont été mariés, et qu'il soit né d'eux au vu et su des voisins et d'autres personnes.

Ces dispositions ne sont pas contraires à la loi 2, au Code *de testibus* ; celle-ci ne rejette pas indistinctement la preuve testimoniale, et celles-là ne veulent point qu'on l'admette dans toutes sortes de circonstances ; il faut donc modifier et expliquer ces textes les uns par les autres. Dans la loi 2, au Code *de testibus*, l'empereur Alexandre distingue trois sortes de preuves dans les questions d'état ; les actes, les présomptions, les témoins ; *defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes ; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Il décide nettement que les témoins ne peuvent pas suffire pour faire une preuve certaine, lorsqu'ils sont seuls ; *soli testes* ; mais il ne dit pas que leurs dépositions se-

ront rejetées, lorsqu'elles seront soutenues ou par la foi des actes ou par la force des présomptions ; il fait même entendre clairement le contraire.

Il suffit donc pour recevoir la preuve testimoniale, que les faits soient accompagnés d'un commencement de preuve qui fortifie et garantisse en quelque sorte la foi des témoins qu'on veut faire entendre. Il n'est pas absolument nécessaire que ce commencement de preuve soit par écrit ; il peut se rencontrer des présomptions, des indices, et certain assemblage de circonstances qui n'ont pas moins de force que les écrits, lorsque la vérité n'en est pas contestée. Ainsi le commencement de preuve qu'on requiert dans cette matière, est un adminicule quelconque tel que l'enquête venant ensuite à s'y joindre, il puisse en résulter une preuve convaincante et complète.

" Par là, dit M. d'Aguesseau, on concilie l'intérêt du public avec celui des particuliers : l'utilité publique est satisfaite, en ce qu'on n'admet pas légèrement la preuve par témoins ; et les particuliers ne sauraient se plaindre, puisqu'on ne les réduit pas à l'impossibilité de prouver leur état, lorsque les actes qui pouvaient l'établir sont perdus.

" Telle est la disposition du droit civil, à laquelle nous ne voyons pas que les Ordonnances, qui sont notre véritable droit, aient dérogé. L'Ordonnance de Blois et celle de 1667 ont, à la vérité, ordonné que la preuve de la naissance se ferait par le registre baptistaire ; mais, en admettant cette espèce de preuve, elles n'ont pas exclu celle qui se fait par témoins : l'Ordonnance de 1667 l'a même permise en un cas, qui est un de ceux du droit civil, c'est-à-dire, lorsqu'on articule et qu'on prouve la perte des registres. Elle ne dit pas même qu'elle ne soit admissible que dans ce seul cas."

Le procès-verbal de cette Ordonnance confirme ce qu'avance M. D'Aguesseau. Un des rédacteurs y établit, que " lorsqu'il y aura des adminicules de preuves contraires à celles

qui résultent des registres, la preuve par témoins ne pourra être reçue." Un autre ajoute, " qu'il y aura nécessité en beaucoup de rencontres de recevoir cette preuve." Plusieurs arrêts ont adopté ces principes...

Id. p., 392. } Une observation qu'il ne faut jamais perdre de vue dans les causes de cette espèce, est que la preuve testimoniale ne peut jamais être admise que quand il s'agit de donner un état à une personne qui n'en a point, ou qui en a un équivoque. Toutes les fois que la preuve offerte est combattue par la preuve contraire qui résulte du titre et de la possession où est le réclamant d'un état différent de celui où il aspire, la justice doit fermer l'oreille à sa demande. Les dépositions des témoins peuvent bien suppléer à la preuve légale qui manque, mais non pas détruire la preuve légale qui existe. C'est sur ce fondement que le sieur et la dame de Boudeville ont obtenu à la grand'-chambre un arrêt qui déboute la dame de Bruix de sa demande à fin de permission de prouver par témoins qu'elle était fille du marquis et de la marquise de la Ferté. M. Cochin, leur défenseur, convenait que la preuve testimoniale peut être admise quand les titres et la possession se choquent et se contredisent : dans la balance de ces preuves contraires, disait-il, on peut, pour se déterminer, emprunter le secours de la preuve testimoniale et de tout autre genre de preuves, parce que la vérité n'étant pas marquée à ces caractères dont les lois exigent le concours, il faut se prêter à tous les éclaircissements qui peuvent la développer, mais il ne peut jamais se former une question sérieuse sur l'état d'un citoyen, quand les titres et la possession sont d'accord à son égard, soit que ces preuves se réunissent pour confirmer l'état qu'on lui conteste, soit qu'elles se réunissent pour l'exclure de l'état auquel il aspire.

[ARTICLE 232.]

* 5 *Cochin*, *p.* 425, *Affaire de Bruix.* } Quand les titres et la possession se choquent et se contredisent dans la balance de ces preuves contraires, on peut, pour se déterminer, emprunter le secours de la preuve testimoniale et de tout autre genre de preuves, parce que la vérité n'étant pas marquée à ces caractères dont les lois exigent le concours, il faut se prêter à tous les éclaircissemens qui peuvent la développer; on ne s'y détermine qu'avec peine, mais enfin il est des circonstances où c'est un remède nécessaire.

Tels sont les principes, on ne peut trop le répéter, que la raison dicte seule, et qui sont d'ailleurs appuyés sur la décision des lois, le suffrage des plus grands hommes et la saine jurisprudence.

Que l'on parcoure les lois romaines, on y trouve partout la preuve testimoniale proscrite dans les questions d'état: *Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes, soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt;* c'est la disposition de la loi 2, au Code *de testibus;* la loi 24 au ff. *de prob.* n'est pas moins formelle: *Probationes quæ de filiis dantur, non in sola affirmatione testium dantur.*

Les Ordonnances du royaume animées du même esprit ont voulu que la preuve de la naissance fût faite par les registres publics, elles ont voulu que l'on eût recours aux registres et papiers domestiques des pères et mères décédés, pour ne pas faire dépendre l'état, la filiation, l'ordre et l'harmonie des familles, de preuves équivoques et dangereuses, telle que la preuve testimoniale, dont l'incertitude a toujours effrayé les législateurs.

Ainsi, toutes les fois qu'on s'est présenté avec des faits circonstanciés, et qu'on a entrepris de faire la conquête d'un état nouveau, en demandant permission d'en faire preuve par témoins, le suffrage des plus grands magistrats s'est

élevé contre une prétention si funeste à la société, et la cour s'est opposée par son autorité à une tentative si dangereuse.

Chaque espèce s'est trouvée chargée de circonstances différentes, mais le principe général s'est soutenu dans cette variété ; l'art a pu prendre à chaque instant des formes nouvelles, mais une règle invariable a toujours conduit à la vérité au milieu de ce labyrinthe de faits disposés pour séduire et pour égarer ; c'est ce qu'il est aisé de reconnaître en parcourant les principaux monumens de la jurisprudence qui ont été transmis à la postérité......

Id., p. 434, 435. } Qu'on ne dise pas que ce sont là des inconvénients et de vaines terreurs qui ne doivent pas prévaloir sur la vérité ; sans doute que si la vérité pouvait briller à nos yeux avec cet éclat dont l'évidence est accompagnée, il faudrait l'embrasser avec joie, et la soutenir avec courage. Mais il ne faut pas se flatter de la trouver jamais, dans les questions d'état, à ce degré d'évidence et pour ainsi dire d'infaillibilité qui pourraient remplir tous nos vœux. La conception, la naissance peuvent être enveloppées de mille nuages, les passions peuvent y jouer leur rôle et substituer des couleurs à la réalité, l'illusion peut y trouver sa place ; mais si c'est un malheur attaché à la condition humaine, il faut dans l'incertitude nécessaire où elle est plongée, se fixer à des règles certaines qui conduisent le plus ordinairement à la vérité, qui du moins entretiennent l'ordre et la paix, avantages plus précieux pour la société en général, que la recherche d'une vérité obscure ne peut l'être pour 'intérêt de quelques particuliers. Or, les règles qui peuvent seules nous servir de boussole dans cette mer orageuse ; c'est la possession publique, principalement quand elle est fortifiée par l'autorité des registres et des monumens les plus authentiques : abandonner la route qu'elle nous trace, pour s'engager dans celle de la preuve testimoniale, c'est se livrer à des écueils dans lesquels la vérité court un risque évident de faire naufrage.

Il est donc de la sagesse des magistrats, il est de l'intérêt essentiel de la société de s'en tenir à ces preuves juridiques, connues, respectées dans tous les temps, adoptées par la loi, et qui sont le gage de la tranquillité publique. A l'abri de leur autorité, chaque citoyen renfermé dans la condition que la Providence lui a distribuée, ne cherche qu'à en remplir les devoirs, l'ambition et l'avidité, tenues en quelque manière captives, ne ravagent point la société ; les hommes ne se déchirent point, ne se déshonorent point les uns les autres pour s'enlever les biens et les honneurs, qui sont le partage de chaque état ; on n'est occupé qu'à s'élever ou à se maintenir par les talents, par la vertu, par les services que l'on peut rendre à sa patrie ; et l'ordre public du moins conserve tout son éclat. Sacrifiera-t-on de si grands avantages à la cupidité de quelques particuliers, qui, pour sortir de leur obscurité, imaginent des faits, les arrangent avec art, et n'ont pour toute ressource que les incertitudes de la preuve testimoniale? c'est faire injure à la sagesse qui préside aux jugements de la Cour, que de lui proposer des principes si funestes.

Id., p. 439. } La loi d'ailleurs n'a laissé aucun doute sur cette question : l'Ordonnance de 1667, art. 7 du tit. 20 veut *que les preuves de l'âge, des mariages et du temps du décès soient reçues par des registres en bonne forme qui feront foi et preuve en justice.* C'est donc à l'autorité des registres que la loi se réfère, les régistres sont établis comme la preuve légale, *feront foi et preuve en justice.* Mais peut-être que la loi dans la suite donne aussi quelque degré d'autorité à la preuve testimoniale ; l'article 14 du même titre l'admet en effet, mais elle la limite dans deux cas seulement : *Si les registres sont perdus, ou s'il n'y en a jamais eu, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins, et en l'un et l'autre cas, les baptêmes, mariages et sépultures pourront être justifiés tant par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés, que par témoins.*

[ARTICLE 232.]

Il faut donc, pour prouver un baptême, et une naissance par témoins, ou que les registres soient perdus, ou qu'il n'y en ait jamais eu ; l'Ordonnance n'admet cette preuve que *dans l'un et l'autre cas*. Ces termes sont limitatifs ; et par conséquent quand les registres existent en bonne forme, cette preuve doit-être absolument rejetée. Encore dans ce cas même l'Ordonnance n'admet-elle la preuve testimoniale qu'autant qu'elle concourt avec les registres et papiers domestiques des père et mère, tant elle fait peu de cas de cette preuve, même quand elle devient en quelque sorte nécessaire par la perte des registres.

Aussi la saine jurisprudence, qui est l'interprète le plus fidèle de la loi, nous a-t-elle appris que ce genre de preuve ne pouvait être proposé dans les questions d'état, quand elle n'était soutenue ni de titres ni de possession d'état ; c'est ce que l'on croit avoir démontré ci-dessus ; et pour se renfermer dans le seul arrêt de Sasilly, il a dissipé tous les doutes que l'on voulait répandre sur cette matière. La preuve avait été ordonnée par les premiers juges ; elle était même faite, et l'on ne craint pas de dire qu'elle était si forte et si concluante, que personne ne pouvait se refuser à l'évidence qu'elle présentait, si ce genre de preuve pouvait déterminer : mais la Cour inflexible sur des règles qui seules peuvent maintenir l'ordre et la tranquillité publique, ne crut pas même devoir entrer dans le mérite de la preuve, et en affirmant la sentence qui l'avait admise, débouta le prétendu Sasilly de sa demande. Cet exemple encore présent à tous les esprits, annonce à la dame de Bruix, le sort que doivent avoir et sa demande et la sentence qu'elle a obtenue.

La seconde objection de la demande de Bruix, qui consiste à dire qu'elle a des commencements de preuves par écrit, ne sera pas difficile à détruire.

On pourrait demander d'abord si dans les questions d'état il suffit d'avoir un commencement de preuve par écrit pour

être admis à une preuve testimoniale. L'Ordonnance ne s'en contente point, elle exige au défaut de la possession publique de l'état, l'autorité des registres dont elle a établi la forme et la nécessité, ce n'est que dans le cas où les registres n'existent point, qu'elle permet de recourir tant aux papiers domestiques des père et mère qu'à la preuve par témoins: elle rejette donc, dans le cas de l'existence des registres, toute autre preuve, même ébauchée par des commencemens de preuves par écrit; et en effet il est aisé de concevoir combien il serait dangereux de renverser tous les états et toutes les conditions, à la faveur des simples commencemens de preuves par écrit, qui ne peuvent jamais être mis en parallèle avec la preuve qui naît des titres et de la possession.

Mais enfin si les commencemens de preuves par écrit pouvaient servir de véhicule à la preuve testimoniale, il faudrait au moins que ces commencemens de preuves se trouvassent dans des actes qui auraient un rapport direct à la filiation : car de nous présenter des actes absolument étrangers à l'objet de la naissance et que l'on ne veut y appliquer que par des commentaires purement arbitraires, des écrits qui peuvent convenir à toutes personnes indifféremment, soit enfans, soit étrangers, c'est éluder la loi par des subtilités qui l'offensent, et qui la feraient dégénérer dans une véritable chimère. Si de pareils écrits pouvaient conduire à la preuve testimoniale de la filiation, il n'y a personne qui n'eût un champ libre pour entrer dans cette carrière. On ne se présentera jamais dans une famille, que l'on ait eu avec elle quelque relation, ou qu'il n'en paraisse des vestiges par quelque écrit; on s'écriera donc en pleine liberté : J'ai des commencemens de preuves par écrit, voilà les témoignages des relations, des habitudes que j'ai eues; on y reconnait de l'estime, de l'amitié, de l'attention pour moi, et à ce seul titre il faudra admettre une preuve testimoniale, et donner atteinte à l'état de toutes les familles? C'est une nouvelle illusion

qui ne serait pas moins funeste que la première, ou plutôt c'est la même illusion déguisée sous de vaines couleurs qui n'en changent point la nature; car enfin proposer dans ce cas la preuve testimoniale, c'est la donner comme une preuve, qui toute seule peut décider du sort des hommes sans le secours des titres ni de la possession.

---

* *S. R. B. C., ch.* 20, *sec.* 13. } Dans tous les cas où les registres d'une paroisse, église protestante ou congrégation ne peuvent se trouver, ou qu'il n'en a pas été tenu, rien dans ce présent acte, n'empêchera de faire la preuve des baptêmes, mariages et sépultures, tant par témoins que par papiers ou registres de familles, ou autres moyens permis par la loi, réservant à la partie adverse le droit de récuser ou réfuter telle preuve, pourvu toujours, que si une personne fait sciemment et volontairement un faux serment, touchant aucune des matières susdites, et en est également convaincue, elle sera passible des peines infligées par un statut passé dans la cinquième année du règne de la reine Elizabeth, pour la punition du parjure volontaire. (35 G. 3, c. 4, s. 13.)

Merlin, Vo. naissance, § 10, *p.* 65. } " Des moyens de remplacer, dans certains cas, les actes de naissance." Le Code Civil porte, art. 46, que " lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et, dans ce cas, les mariages, *naissances*, et décès pourront être prouvés, tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins.

La preuve, tant par titres que par témoins, autorisée par cet article, ne peut être ordonnée qu'autant qu'il est constaté qu'il n'a pas été tenu de registres, ou qu'ils ont été soustraits, ou qu'ils sont perdus. Dans ces cas, la loi est bien obligée

d'accorder ce moyen auxiliaire à celui qui ne peut prouver autrement sa naissance, puisqu'il n'existe pas de registre pour la constater.

Aussi l'orateur du tribunal a-t-il observé, sur cet article, que " si malgré l'injonction de la loi, il n'a pas été tenu de registre, si la malice des hommes ou l'injure des temps les ont soustraits, alors les registres et papiers émanés des pères et mères, seront consultés ; malgré la juste répugnance des lois pour la preuve testimoniale, la première chose avant tout, c'est l'assurance ou le rétablissement de l'état des hommes."

---

* 2 *Toullier, No.* 883. } Après avoir établi que l'acte de naissance est la première et principale preuve de la filiation des enfants légitimes, que la possession d'état est la seconde, qu'elle peut suffire à défaut de ce titre, et qu'elle est nécessaire pour prouver l'identité de l'individu dont il s'agit et de l'enfant dont la naissance est consignée sur les registres publics, on peut remarquer que le Code n'a point de disposition sur le cas assez fréquent où l'individu qui présente à ses parens son acte de naissance, ne peut alléguer une possession d'état suffisante pour prouver son identité.

Il ne faut pas croire que cette omission soit un oubli. Quand il est prouvé, par un acte de naissance régulier, qu'un enfant est né pendant le mariage, et qu'il n'y a aucune preuve de son décès, en sorte qu'il ne s'agit que de savoir si celui qui se présente est ce même enfant, on ne peut refuser la preuve testimoniale de cette identité. 1o. Parce que c'est une preuve souvent nécessaire, et presque toujours la seule à laquelle on puisse recourir.

2o. Parce que cette identité s'établit par des faits naturellement susceptibles d'être prouvés par témoins, qui peuvent même rarement être prouvés autrement, puisqu'il n'est pas

toujours possible au demandeur de se procurer une preuve littérale (1348.)

Tels étaient les principes de l'ancienne jurisprudence, que le Code n'a pas cru nécessaire de rappeler par une disposition expresse, mais qu'il a supposés dans l'art. 323 du Code, qui, *à défaut de titre et de possession*, et à plus forte raison lorsqu'il existe un titre auquel il ne manque que la possession, permet de prouver par témoins la filiation des enfans légitimes.

Il est vrai que cet article exige, pour admettre la preuve testimoniale, un commencement de preuve par écrit, ou des présomptions, ou des indices résultant de faits dès lors constans, assez graves pour déterminer l'admission.

Mais il ne les exige que lorsqu'il y a *défaut de titre et de possession.* On ne peut donc étendre cette disposition au cas où il existe un titre : la condition de celui qui a un titre, et celle de celui qui n'en a point, ne sauraient être égales.

L'acte de naissance d'un enfant né pendant le mariage, lorsque son décès n'est pas prouvé, doit donc être regardé comme un titre suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de l'identité du réclamant, et de l'enfant dont la naissance est consignée sur les registres publics.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *pp.* 201, 202. } Cette disposition (C. N. 323) est conforme au droit romain, et à notre jurisprudence française.

C'était un principe constant et invariable, que la preuve testimoniale seule, sans appui, était inadmissible, en matière d'état. Les jurisconsultes Romains qui, pour l'ordinaire, attribuaient aux dispositions des témoins la même autorité qu'aux actes les plus solennels avaient néanmoins pensé, qu'il était dangereux de faire trop dépendre le sort et la tranquillité des familles, leur repos et leur sûreté, de l'ignorance, de l'erreur ou de la malice de témoins qui pouvaient être

corrompus, abusés ou prévenus. Ils avaient, en conséquence, décidé qu'en matière d'état, la preuve testimoniale seule était insuffisante (L. 2. Cod. *de Test.*) Cette décision a été admise dans nos mœurs; et les arrêts ont constamment repoussé ceux qui, prétendant à la légitimité, n'offraient pas d'autre preuve que des témoins (arrêts des 7 mars 1641, 27 mars 1659, 12 janvier 1686, 29 mars, 1691, 11 mars 1735, 24 mai 1765, tous du parlement de Paris rapportés au Journ. des Aud., du 26 jan. 1734 rapporté par Augeard.)

On n'admettait la preuve par témoins que quand elle se trouvait fortifiée par un commencement de preuve par écrit, qui garantissait la foi des témoins que l'on offrait de faire entendre, et cette exception était encore fondée sur les lois romaines, et ces lois n'ont rien de contraire à celle que nous venons de citer ; car celle-ci ne dit point que la preuve testimoniale soit indistinctement inadmissible. Elle décide seulement que les témoins seuls ne peuvent suffire.

---

* 5 *Locré*, *Esprit du Code*, *pp.* 139, 140. } Pourquoi la loi exige un commencement de preuve.

" Quelque ancienne que soit la preuve testimoniale, il n'en est pas cependant de plus fragile ni de plus périlleuse" (M. Lahary, Tribun. tôme 1er., p. 596.)—" Les réclamations d'état ne sont le plus souvent qu'une œuvre d'intrigue et de cupidité. Lorsque rien ne fait entrevoir une vérité jusqu'alors inconnue, ni titre, ni possession, ni actes publics, ni écrits privés, il suffirait de quelques témoins corrompus ou faciles, trompeurs ou complaisans, pour jeter un audacieux étranger, comme un fléau dans une famille respectable et tranquille." (M. Duveyrier, Tribun. tôme 1er p. 645.) " Une fâcheuse expérience a demontré que, pour des sommes ou des valeurs peu considérables, les témoins ne donnent pas une garantie suffisante : comment pourrait-on y avoir confiance, lorsqu'il s'agit d'attribuer les droits attachés à la

qualité d'enfant légitime, droits qui emportent tous les genres de propriété. " (M. *Bigot-Préameneu*, Exposé des motifs, procès-verbal du 21 ventôse, an 11, tôme II, page 575.) " Si l'on admet la preuve testimoniale, disait Cochin, l'état des hommes, ce bien précieux, qui fait, pour ainsi dire, une portion de nous-mêmes, et auquel nous sommes attachés par des liens si sacrés, n'aura plus rien de certain. On le verra toujours en proie aux plus étranges révolutions. La société civile ne sera plus qu'un chaos, dans lequel on ne pourra ni se distinguer ni se reconnaître." (M. Lahary, Tribun. tôme 1er p. 596).

Dans cette perplexité, le sage tempérament qu'à pris l'article 323 était le seul qui pût tout concilier.

Cet article pourvoit au repos des familles, en excluant la preuve par témoins toutes les fois que la demande de l'enfant n'est pas appuyée sur de premières probabilités.

Il assure à l'enfant la justice à laquelle il a droit, en l'admettant à développer par la preuve testimoniale les lueurs de vérité qui sortent des circonstances.

Voici son système.

" Lorsque l'enfant n'a ni possession constante ni titre, ou lorsqu'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, il résulte une présomption très forte qu'il n'appartient point au mariage. Cependant des circonstances extraordinaires, les passions qui auront égaré les auteurs de ses jours, leurs dissensions, des motifs de crainte, ou d'autres considérations majeures, peuvent avoir empêché qu'il n'ait été habituellement traité comme enfant légitime. Les faits mêmes qui y auront mis obstacle deviendront des preuves en sa faveur. " (*M. Bigot-Préameneu*, Exp. des motifs, procès-verbal du 21 ventôse, an 11, page 575).

---

* *C. N.*, 323. } A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins.

Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constans, sont assez graves pour déterminer l'admission.

---

233. Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père et de la mère, des actes publics et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante.

233. A commencement of proof in writing results from the title-deeds of the family, the registers and papers of the father and mother, from public and even private writings proceeding from a party engaged in the contestation or who would have had an interest therein had he been alive.

---

* *ff. Lib.* 22, *Tit.* 3, *de probationibus*, *L.* 29. } Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio Apollinari rescripserunt in hæc verba : Probationes quæ de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistolas quæ uxoribus missæ allegarentur, si de fide earum constitit, non nullam vicem instrumentorum obtinere decretum est.

Voyez Ord. 1667, *Tit.* 20, *art.* 14, cité sous l'article précédent.

---

* 5 *Locré*, *p.* 141 *et suiv.* } Quel commencement de preuve est exigé. Il s'agissait de savoir, 1° si l'on n'admettrait de commencement de preuve que celui qui résulterait d'écrits, ou si l'on admettrait aussi celui que les faits et les circonstances peuvent fournir ; 2° quels écrits et quels faits fourniraient le commencement de preuve.

1. La commission et la section exigeaient exclusivement un commencement de preuve par écrit.

Cette proposition a été attaquée au conseil d'état, et rejetée sur les observations du Tribunat.

On a opposé :

L'autorité de l'ancienne jurisprudence ;

L'impossibilité de la condition qu'on imposerait à l'enfant ;

L'inutilité de cette condition.

L'autorité de l'ancienne jurisprudence .—La jurisprudence avait été longtemps incertaine sur ce point.

" La question avait, de tout temps, partagé les tribunaux, les magistrats, les légistes, sur la faculté de proposer la preuve.

" Les deux espèces, la preuve littérale et la preuve testimoniale, ne pouvaient-elles se présenter sans leur concours mutuel ? Et s'il est vrai que les écrits prouvent sans l'assistance de témoins, n'est-il pas vrai de même que les témoins peuvent prouver sans le secours des écrits.

"Ou, pour parler le langage usité, peut-on, sur une réclamation d'état, lorsque le réclamant n'a ni titre ni possession, l'admettre à la preuve testimoniale sans un commencement de preuve par écrit ?

"Les lois romaines, sur cette question comme sur beaucoup d'autres, laissent une incertitude embarrassante : nos Ordonnances ne la lèvent pas.

"La loi II, au Code *de testibus*, décide formellement qu'il faut apporter et des raisons et des titres ; que les témoins ne suffisent pas.

"La loi VI, au Code *de fide instrum.* fait clairement entendre, et la loi VII, au Code *de nuptiis* , dit expressément, que la perte de tous les titres ne peut nuire à la preuve de la légitimité.

"Or, comment apporter un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il n'y a pas d'écrit ?

"Notre Ordonnance de 1667 permettait bien la preuve par témoins de la filiation, lorsque les registres publics n'existaient pas ; mais elle semblait exiger le concours d'un com-

mencement de preuve écrite, puisqu'elle disait : *tant par les registres et papiers domestiques des père et mère, que par témoins.*

" Nos tribunaux s'étaient tellement divisés, que des parlemens n'avaient jamais admis la preuve testimoniale, même aidée des présomptions les plus fortes, sans un commencement de preuve par écrit ; tandis que d'autres déclaraient par des arrêtés, que, pour être admis, dans les questions d'état, à la preuve testimoniale, un commencement de preuve par écrit n'était pas nécessaire."

(M. *Duveyrier*, Tribun., tôme 1er, pages 644 et 645).

" M. D'Aguesseau mit le premier un poids sensible dans la balance, en indiquant un terme moyen qui rendait au moins la justice possible en toutes circonstances.

Ce fut d'après son opinion qu'on eut égard non seulement aux écrits, mais encore " au concours des circonstances, lorsqu'il est tel qu'il doive ébranler l'esprit du juge, et lui faire entrevoir une vérité qu'il devient nécessaire d'éclaircir. (*M. Portalis*, *procès-verbal* du 16 brum. an 10).

" On ne pouvait guère fixer le doute avec plus de sagesse. (*M. Duveyrier*, *loc. cit.*)

" Aussi la jurisprudence de presque tous les tribunaux a-t-elle été constamment d'admettre la preuve testimoniale, en fait de filiation, sans exiger, comme condition indispensable, un commencement de preuve écrite." (*Observations du Tribunat*).

Impossibilité de la condition.—Quel commencement de preuve par écrit peut-on espérer dans cette matière ? Il n'en est pas ici comme en matière de convention : là les parties existaient au moment où le pacte a été formé ; là elles ont coopéré à sa formation, elles ont pu se ménager des preuves, elles ont agi ; on peut donc avoir tenu une correspondance avec elles. L'enfant n'a pas eu ces avantages " (Portalis : *loc. cit.*) : " s'il n'a recours à la preuve par témoins que parce que

des preuves par écrit sont supprimées, perdues ou soustraites, on ne doit pas se faire un moyen contre lui de ce qu'il ne les a point, puisqu'il n'a pas dépendu de lui de les avoir; en le repoussant, sur le fondement qu'il ne peut en présenter aucune, on le punirait d'une faute qui n'est point son ouvrage, d'un accident dont il n'est pas l'auteur." (*Observ. du Tribunat.*)

Inutilité de la condition.—La preuve testimoniale seule est trop dangereuse pour qu'elle doive suffire au succès de la demande. L'inconvénient de laisser un enfant dans l'obscurité est moins grand que celui d'exposer toutes les familles à être troublées." (*M. Portalis: loc. cit.*) "Mais pourquoi des écrits auraient-ils seuls le privilège de former un commencement de preuve? Ne peut-il se rencontrer des présomptions, des indices, et certain assemblage de circonstances qui n'ont pas moins de force que les écrits, lorsque la vérité n'en est pas contestée? En admettant comme commencement de preuve ces présomptions, ces indices résultant de faits déjà non contestés ou incontestables, on concilie l'intérêt public et l'intérêt particulier: la société est satisfaite, puisqu'on n'introduit pas légèrement la preuve par témoins; et les membres de la société ne peuvent se plaindre, puisqu'on ne les réduit pas à l'impossibilité de prouver leur état, lorsque les écrits qui pourraient l'établir ont été supprimés." (*M. Duveyrier, Tribun., tôme* 1er, *p.* 646).

D'ailleurs, les caractères nécessaires pour donner créance aux écrits qui forment un commencement de preuve, doivent également se rencontrer dans les faits auxquels on attribue la même force, et, dès lors, pourquoi n'auraient-ils pas, des deux côtés, une autorité égale!"

"On n'est admis à la preuve par témoins que lorsque les faits sont reconnus pertinens et admissibles. Ne faut-il pas la même reconnaissance par rapport aux pièces écrites? Pour que le juge décide s'il y a réellement commencement de preuve, n'est-il pas nécessaire qu'il pèse le degré de confiance

que méritent ces pièces ? Et ce degré de confiance n'est-il pas subordonné à la vraisemblance des faits qu'elles énoncent et la moralité des personnes dont elles émanent ?

" Si tout fait, quoique invraisemblable, quoique non concluant, était regardé comme un commencement de preuve, par cela seul qu'il serait consigné dans un écrit, il s'ensuivrait que celui qui aurait de pareilles pièces serait admis à la preuve par témoins, tandis que celui qui n'aurait aucune pièce, mais qui néanmoins articulerait les faits les plus positifs et les plus lumineux, serait privé de cet avantage. Il convient donc de laisser aux juges une assez grande latitude, pour qu'il puissent, après s'être environnés de toutes les lumières les plus propres à éclairer leur conscience, empêcher que l'enfant ne soit victime du hasard ou de la méchanceté." (*Observ. du Tribunat*).

Conclusion.—" Il faut donc exiger un commencement de preuve par écrit dans les cas très-rares où il est possible de l'obtenir ; que, s'il n'existe pas, on doit avoir égard à la masse des faits et des circonstances." (*M. Portalis*, *procès-verb. du* 16 *brum.*, *an* 10.)

En conséquence de ces réflexions, la restriction proposée par la commission et par la section a été retranchée, et l'article qui nous occupe a consacré la doctrine suivante :

" Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte par écrit, si le commencement de preuve dont se prévaut l'enfant est fondé sur un fait dont toutes les parties reconnaitraient la vérité, ou qui serait dès lors constant. Que le fait qui établit le commencement de preuve, soit ou qu'il ne soit pas consigné dans un acte écrit, il suffit que son existence soit démontrée aux juges autrement que par l'enquête demandée." *M. Bigot-Préameneu*, *Exp. des motifs.*, *procès-verb. du* 21 *vent.*, *an* 11, *tôm.* II, *p.* 576.)

D'un autre côté, le commencement de preuve peut aussi résulter d'écrits. " Puisqu'il est juste d'admettre les présomptions et les indices résultant de faits déjà constans, il est éga-

lement juste de ne pas rejeter les conséquences nécessaires, émanées d'écrits directement relatifs à l'objet, lorsqu'ils sont visiblement l'ouvrage de la bonne foi, et d'une autre nécessité que celle de la circonstance." (M. Duveyrier : *loc. cit.*, p. 647).

Il reste à parler des caractères que doivent avoir les faits ou les écrits pour former un commencement de preuve.

II.—Je n'ai plus à m'occuper des faits : ce qui vient d'être dit indique suffisamment quelles circonstances ont cet effet.

" Mais, qu'est-ce que la preuve qui commence par des écrits ou plutôt quels sont les écrits qui commencent une preuve?

" Ce sont, sans doute, des écrits qui, sans former une preuve entière, fournissent des indices, des conjectures probables, et qui n'apportent avec eux rien qui puisse faire suspecter leur témoignage : il faut le dire.

" L'Ordonnance de 1667 ne parle que des registres et des papiers domestiques des père et mère : mais elle les suppose comme élémens d'une preuve complète ; et il n'est ici question que d'un commencement de preuve.

" Après la mort des père et mère, les écrits antérieurement échappés aux parens héritiers, c'est-à-dire, aux personnes directement intéressées à contester la réclamation d'état, pèsent dans la balance autant que les papiers paternels." M. Duveyrier : *loc. cit.*) : " Il faut que ces écrits présentent le caractère de la vérité : il faut qu'ils émanent directement de ceux qui, par leur intérêt personnel, sont à l'abri de tout soupçon. On n'admettait donc point le commencement de preuve par écrit, s'il ne se trouvait, soit dans les titres de famille, soit dans les actes publics et même privés d'une personne engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. " (*M. Bigot-Préameneu, Exp. des motifs, procès-verb. du 21 vent., an* 11, *tôme* II, *page* 575.)

Enfin, "on ne fait pas tout dépendre de la preuve testimoniale, mais on admet cette preuve pour compléter la conviction qui résulte d'une masse de faits dont la preuve serait ébauchée par des écrits." (*Le Consul Cambacérès, procès-verbal du* 16 *brum. an* 10.)

---

* 2 *Toullier*, No. 890. } C'est sur ce principe (que les faits *soient constans* c'est-à-dire qu'ils soient reconnus par toutes les parties, ou que leur existence soit démontrée aux juges avant l'enquête demandée, autrement que par cette enquête) que fut rendu l'arrêt de Sasilly, rapporté dans le *Nouveau Denisart*, au mot *état.*

Un particulier prétendait qu'il avait été présenté à sa naissance sous de faux noms, et soutenait qu'il était fils des sieur et dame de Sasilly.

Il articulait les faits les plus précis et les plus concluans, mais ces faits n'étaient ni connus ni démontrés. Il n'en avait aucun commencement de preuve écrite ; ils ne furent prouvés que par l'enquête qu'il fit en vertu d'une sentence du bailliage de Chinon, qui l'avait admis à la preuve de ces faits. L'enquête fut faite sous le cours de l'appel par la dame Sasilly. Elle était si forte, dit Cochin, que personne ne pouvait se refuser à l'évidence qu'elle présentait. On ne doutait point que le réclamant ne fût fils de la dame de Sasilly. Mais comme *aucun des faits n'était constant ni reconnu avant l'enquête*, et que conséquemment elle n'avait pas dû être ordonnée, on n'eut aucun égard au mérite ni à la force des preuves. Le Parlement de Paris, par arrêt du 10 mars 1735, infirma la sentence de Chinon et débouta le prétendu Sasilly de ses demandes.

(891.)—Ainsi, dans les cas prévus par l'art. 323, les juges n'ont point le pouvoir d'admettre la preuve testimoniale sans commencement de preuve ; mais le discernement de ces commencemens de preuve est abandonné à leur prudente sagacité.

[ARTICLE 233.]

(892.)—L'article 324 trace clairement les caractères du commencement de preuve par écrit. Il doit résulter des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père et de la mère, des actes publics ou même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.

Il faut de plus que le commencement de preuve écrite ait un rapport direct aux faits en question, tels que la naissance ou le mariage.

Telles sont les conditions sous lesquelles la loi permet d'admettre la preuve testimoniale en matière de filiation des enfans légitimes.

---

* *Rodier sur Ord.* 1667, *Tit.* 20, *art.* 14, *question* 6*e.* } Les registres ou papiers domestiques des père et mère, sont-ils les seuls qu'on puisse admettre ? Il faut convenir que ce sont les meilleurs : et quoique ce ne soient que des notes privées, on doit y ajouter beaucoup de foi, mais ce ne sont pas les seuls titres qu'on puisse employer, il peut y avoir d'autres actes publics ou privés qui peuvent concourir à cette preuve.

Mais il faut observer que pour que ces papiers domestiques ou autres fassent preuve, il faut, 1° faire procéder à la reconnaissance d'iceux en justice s'ils sont privés ; 2° lorsqu'il est question d'un mariage, les actes qui précèdent, tel que le contrat de mariage, la publication des bans, les dispenses, etc., ne font pas preuve suffisante ; il faut des actes postérieurs à la célébration du mariage, surtout comme nous l'avons dit plus haut, la possession publique de l'état du mariage ; 3° les registres et papiers domestiques des père et mère ne doivent être admis qu'autant que les père et mère ne sont plus vivants : l'article que nous traitons avait d'abord été conçu avec ces mots : *vivants ou décédés.* Mais sur les représentations des commissaires pour l'examen de l'Ordon-

nance, le Roi jugea à propos de faire cette restriction, *pères et mères décédés*. M. Pussort observa pourtant que lorsqu'il ne s'agirait que des contestations entre enfans, il serait bon d'en laisser toute l'autorité aux pères, c'est-à-dire, de s'en tenir à ce qu'ils auraient écrit sur leurs livres, mais ne pourrait-il pas arriver qu'un père pourrait, par prédilection, avoir voulu favoriser un de ses enfans pour nuire aux autres ?

---

* Voyez *S. R. B. C., c.* 20, *sec.* 13, *cité sous l'article précédent.*

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 203. } Cette disposition (*C. N.*, 324) est conforme aux Ordonnances de Blois, et de 1667, qui admettaient aussi les registres et papiers domestiques des père et mère, comme un commencement de preuve suffisant, pour faire admettre celle par témoins. La jurisprudence des arrêts avait fourni la meilleure interprétation de ces Ordonnances, dont les textes n'étaient pas sans obscurité. Il y en a un du 13 avril 1726, rendu précisément dans le cas prévu par la fin de notre article.

Ces arrêts et les espèces dans lesquelles ils ont été rendus, doivent guider de même dans l'application de la nouvelle loi, quoiqu'elle s'exprime, sur ce point, en termes beaucoup plus clairs que les anciennes Ordonnances. Mais, dans cette matière, qui intéresse si essentiellement la constitution de la société, l'ordre, la tranquillité, le repos et la sûreté des familles, on doit marcher avec d'autant plus de précaution, que la loi est obligée de donner une plus vaste carrière à l'opinion.

On verra toujours beaucoup d'individus obscurs chercher à s'introduire dans les familles riches ; et, s'il faut tendre une main secourable à ceux que le crime ou la fortune ont dépouillés d'un état légitime, il faut éviter, avec non moins de soin, de favoriser l'intrigue et la cupidité.

---

* *C. N.*, 324. } Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres ou papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.

---

234. La preuve contraire peut se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

234. Proof of the contrary may be made by any means of a nature to establish that the claimant is not the child of the mother, he claims to have, or even, the maternity being proved, that he is not the child of the husband of such mother.

---

* *V. S. R. B. C.*, *c.* 20, *sec.* 13, cité sous article 232.

---

* 2 *Jousse, sur Ord.* 1667, *Tit.* 22, *art.* 1, p. 363. } En matières où il écherra de faire des enquêtes, le même jugement qui les ordonnera contiendra les faits des parties *dont elles informeront respectivement* si bon leur semble, sans autres interdits et réponses, jugement ni commission.

Id., p. 364 } *Dont elles informeront respectivement* afin que chacune des parties puisse défendre son droit contre la déposition des témoins de sa partie adverse, qui pourrait ne faire entendre à sa requête que les témoins qui lui seraient favorables, et non ceux qui pourraient lui être contraires.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 820. } S'il (le réclamant) était obligé, à défaut de titre et possession de recourir à des présomptions, et de prouver sa filiation par témoins, la preuve con-

traire pourrait toujours être faite, par tous les moyens propres à établir non seulement qu'il n'est pas l'enfant de la femme qu'il réclame pour mère, mais même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

Id., 893. } Comme la preuve contraire est toujours de droit, l'art. 325 porte qu'elle pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, *qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.*

De cet article combiné avec les précédens, il résulte que la présomption *pater is est* protège l'enfant qui réclame l'état civil dont il avait été dépouillé, quoiqu'il n'ait en sa faveur ni titre ni possession. Cette présomption est établie par l'art. 312 d'une manière générale ; elle s'étend à tous les cas où la filiation de *l'enfant est prouvée* d'une manière légale. Elle n'est pas limitée au cas où la maternité est prouvée par un acte de naissance inscrit sur les registres publics ; elle existe également lorsque l'enfant a été obligé, pour découvrir sa mère, de recourir à l'un des moyens légaux de suppléer à l'acte de naissance, tel que la preuve testimoniale.

Quelles que soient les preuves qui établissent la filiation de l'enfant, pourvu qu'elles soient légales, quels que soient les moyens qui lui font retrouver la mère qu'on avait voulu lui dérober, si, à l'époque de sa conception, elle était engagée dans les liens d'un mariage légitime, il a droit d'en conclure qu'il a pour père le mari. Le crime ou l'imprudence par lesquels on a essayé de supprimer son état ; ne sauraient lui préjudicier ; il doit être replacé dans la situation où il se fût trouvé au moment de sa naissance. Mais cette preuve n'emporte plus nécessairement celle de la paternité du mari. Tous ceux qui ont intérêt de contester sa légitimité sont réciproquement remis dans les droits qu'ils auraient eus à cette époque. L'art. 325 leur en donne même de plus étendus, en leur donnant la faculté, quoique *la maternité soit prouvée*, d'é-

tablir, par tous les moyens propres à découvrir la vérité, que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant.

(894.) Cette faculté n'est point ici bornée aux seuls cas d'exception indiqués dans l'art. 312, c'est-à-dire au cas d'impossibilité physique de cohabitation, fondée sur l'absence ou sur l'impuissance accidentelle du mari.

L'art. 325 n'exige point que l'adultère de la femme soit constaté par un jugement ; il n'exige pas que le mari ait ignoré la naissance de l'enfant ; il permet indéfiniment aux parties intéressées à contester la légitimité de proposer les faits propres à établir que l'enfant n'est pas le fils du mari de la mère qu'il a retrouvée. La loi laisse à la prudence des magistrats le soin d'apprécier les circonstances ou les preuves qui naissent de ces faits, et leur donne à cet égard une latitude de pouvoir indéfinie.

Ainsi, quoique la règle *pater is est, etc.*, puisse être invoquée par l'enfant qui a retrouvé sa mère, elle n'est plus dans ce cas une présomption *juris et de jure* contre laquelle la preuve contraire ne saurait être admise, hors les cas d'exception marqués par la loi ; ce n'est plus qu'une présomption ordinaire, qui n'a d'autre force que de dispenser l'enfant de prouver qu'il est fils du mari de sa mère, mais qui peut être détruite par d'autres présomptions plus fortes.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 204-205. } Cette disposition (*C. N.*, 325) consacre un point incontestable d'équité naturelle, elle ne se trouvait point écrite dans nos anciennes Ordonnances. C'est un service rendu à la justice, que son introduction au Code civil.

Cependant elle n'a rien de nouveau. Il a toujours été de principe, que l'admission d'une partie à la preuve des faits par elle articulés, emportait de plein droit, en faveur de l'autre partie, l'autorisation de faire la preuve contraire. L'Or-

donnance de 1667 avait formellement consacré ce principe. (Tit. 22, art. 1) ; et Jousse observa, qu'il n'est pas nécessaire que la permission de faire preuve contraire soit portée par l'appointement.

---

* *C. L.*, 216. } La preuve contraire de la filiation légitime peut se faire par tous les moyens propres à constater que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir ; et la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

C. N., 325. } La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

Lahaye sur art. 325. } *Bigot-Préamaneu*, Exposé des motifs au corps législatif, 11 mars 1803.— La preuve de maternité qui aurait été faite contre la femme, n'est pas regardée comme preuve de paternité contre le mari. En effet, la preuve de la maternité s'établissant sur le fait de l'accouchement d'un enfant, le même que celui qui réclame, il n'en résulte aucune possession d'état, aucune reconnaissance du père, aucun titre.

Lahary, rapport au tribunat, 19 mars 1803.—En réservant ainsi aux parens, soit du père, soit de la mère, la faculté de prouver contre l'enfant qu'il n'est *ni l'enfant de la mère*, *ni même l'enfant du mari* de la mère, la loi n'a fait qu'établir une juste réciprocité. Comment, en effet, en donnant à l'enfant tous les moyens de prouver son état, la loi aurait-elle refusé aux parens les moyens de repousser une prétention qui les dépouillerait de leurs propriétés, et admettrait parmi eux un être qui n'appartiendrait pas à leur famille ? L'ancienne juris-

prudence, il est vrai, n'accordait pas le même avantage aux héritiers (*vide suprà* Pandectes Française *citées sous le présent article*) mais cette innovation était réclamée par la justice.

Malleville.—D'après la première partie de cet article, les adversaires de l'enfant peuvent faire leur preuve contraire tant par titres que par témoins.

Duranton t. 3, *No.* 27.—Il est aujourd'hui bien constant qu'à l'égard de l'enfant qui n'a *ni titre ni possession*, la preuve de la maternité de la femme n'emporte plus nécessairement celle de la paternité du mari.

D'où il faut conclure que l'ort. 325 se réfère seulement aux deux précédents, et ne s'applique point à l'enfant qui a *titre* ou *possession d'état.*

---

235. L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.	235. The action of a child to establish his status is imprescriptible.

* 2 *Toullier, No.* 908. } Nous avons vu que les arts. 316 et 317 ont établi des délais fixes, après-lesquels on n'est plus admis à désavouer l'enfant et à contester sa légitimité ; mais, à son égard, l'action en réclamation d'état est imprescriptible (art. 328) ; il ne peut acquérir ni perdre son état par la prescription.

L'état de fils légitime n'est pas autre chose que la qualité de fils de telle mère ou de tel père ; or il est évident qu'une telle qualité ne peut être dans le commerce. Elle ne peut être ni acquise ni aliénée, ni par conséquent s'acquérir ou se perdre par la prescription ; elle est essentiellement inhérente à la personne, et ne peut finir qu'avec elle.

Il est encore évident que les droits attachés à cette qualité, tels que celui de succéder, ne peuvent, avant d'être ouverts, s'acquérir ni se perdre par prescription.

[ARTICLE 235.]

* 2 *Marcadé*, pp. 35, 36. } L'état des personnes, la qualité d'enfant légitime ou de bâtard, de fils de tel et telle, etc., n'est pas une chose dépendante de la volonté de ces personnes et ne peut pas, par conséquent, devenir l'objet de transactions, de renonciations, de conventions quelconques. S'il en est ainsi, cet état est donc inaccessible aussi à la prescription, puisqu'elle se fonde sur la renonciation présumée de celui auquel le droit appartenait. L'état ne peut donc se perdre ni s'acquérir par convention aucune, ni par prescription. Qui ne touche du doigt la vérité de cette proposition, que la prescription ne peut rendre bâtard un enfant légitime, ni faire devenir légitime un enfant bâtard, ni donner à Titius l'enfant de Sempronius ?

....L'action en *contestation* d'état est donc imprescriptible et perpétuelle contre l'enfant, de la même manière et pour la même cause que l'action en *réclamation* est imprescriptible et perpétuelle à son profit. Ainsi, quand l'article 328 proclame cette dernière vérité, ce n'est pas pour rejeter la première ; c'est pour rejeter seulement cette perpétuité quant aux héritiers de l'enfant, comme le prouvent les deux articles suivants.

Mais si l'état de l'enfant ne peut être l'objet d'aucune convention, ni de prescription, il n'en est plus de même, bien entendu, des droits pécuniaires qui peuvent exister pour lui comme conséquence de cet état. Ainsi, quand l'enfant, qui se disait d'abord fils légitime de Titius et qui s'était mis, à ce titre, en possession de la succession de celui-ci acquiesce à la pétition d'hérédité intentée par le cousin de Titius, qui prétend cet enfant étranger au défunt, cet acquiescement, nul en ce qui touche l'état de l'enfant, est parfaitement valable en ce qui touche les biens héréditaires. Il en serait de même du silence qu'il garderait pendant trente années de majorité, à partir de l'ouverture de la succession : il y aurait là prescription entièrement insignifiante quant à l'état de l'enfant

mais pleinement efficace quant au droit héréditaire ; il suffirait même, selon les cas, d'une possession de vingt ou dix années pour ceux qui auraient tel ou tel des biens de la succession, non pas à titre de successeur universel, mais à titre d'acquéreur particulier (art. 2262-2265).

---

* *Lahaye sur art.* 328. *C. N.* } *Bigot-Préameneu*, Exposé des motifs au corps législatif, 12 mars 1803. Si la loi se montre sévère sur le genre de preuves qu'elle admet, elle veut que l'accès des tribunaux soit toujours ouvert à l'enfant qui réclame. Elle écarte les obstacles qui s'opposeraient à ce que des actions ordinaires fussent intentées. Celle en réclamation d'état sera imprescriptible à son égard.

La prescription est fondée sur l'intérêt public, qui exige que les propriétés ne restent pas incertaines.—Il ne s'agit pas ici d'une simple propriété : l'état civil affecte la personne et les biens. C'est un intérêt qui doit l'emporter sur tous les autres.

Pour qu'une propriété ordinaire cesse d'être incertaine, il suffit qu'après un certain temps on ne puisse l'attaquer. Pour que l'état civil cesse d'être incertain, il faut que l'on puisse toujours, afin de le fixer, recourir aux tribunaux.

Duveyrier, discours au Tribunat, 23 mars 1803.—Un enfant dépouillé de son état, du titre qui devait l'établir, de la possession qui devait l'assurer, et des preuves qui peuvent le mettre en évidence, vivra longtemps et mourra peut-être dans cette privation absolue, parce que les chances fortuites de l'avenir peuvent seules le conduire à la découverte.

Il serait injuste de fixer à sa réclamation un délai rigoureux, qu'il n'est point en son pouvoir de rendre utile. La règle établie à cet égard par le projet de loi n'a jamais été contredite : l'action en réclamation d'état est imprescripti-

ble ; mais ce privilège n'est établi qu'en faveur de l'enfant. Ses héritiers ne recueillent son action qu'avec les restrictions exigées par l'ordre public, et justement opposées à une action particulière qui n'a plus d'autre motif qu'un intérêt pécuniaire. Cependant voir les arts. 2265 et 2266 du Code Civil.

Hua.—Si l'enfant s'est pourvu, et qu'il ait été jugé contre sa réclamation d'état, il n'a plus que les délais communs à toute espèce d'action, pour se pourvoir contre le jugement; et s'il néglige de le faire, son action au fond se trouve éteinte.

Delvincourt, t. 1, *not.* 4 *de la page* 78.—Remarquez qu'il n'y a que l'action en réclamation d'état qui soit imprescriptible. Les droits pécuniaires qui pourraient résulter en faveur de l'enfant, de l'état qu'il réclame, sont prescriptibles à son égard, comme à l'égard de tout autre.

Proudhon, t. 2, *p.* 86.—*Est imprescriptible à l'égard de l'enfant.* Donc elle est prescriptible à l'égard de ses héritiers, puisqu'il n'y a que l'enfant au profit duquel la loi consacre le privilège de l'imprescriptibilité. Cette prescription est soumise aux règles du droit commun (art. 2262). Cette prescription commence à courir dès le jour du décès de l'enfant. (*Duranton*, t. 3, No. 154).

---

* *C. N.*, 328. } L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.

---

236. Cette action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq ans après sa majorité ; ils peuvent cependant continuer l'action commencée.

236. This action cannot be brought by the heirs of a child who has failed to bring it, unless he died in minority, or within five years after his majority ; but they may continue the action already brought.

[ARTICLE 236.]

* *ff. Lib.* 40, *Tit*, 15 *ne de statu defunctorum L.* 1. } De statu defunctorum post quinquennium quærere non licet, neque privatim, neque fixi nomine.

§ 1. Sed nec ejus status retractandus est, qui intra quinquennium decessit, si per hujus quæstionem præjudicium futurum est ante quinquennium mortuo.

§ 2. Imo nec de vivi statu quærendum est, si quæstio hujus præjudicium facit ei qui ante quinquennium decessit. Et ita divus Hadrianus constituit.

§ 3. Sed interdum et intra quinquennium non licet de statu defuncti dicere. Nam oratione divi Marci cavetur, ut si quis ingenuus prononciatus fuerit, liceat ingenuitatis sententiam retractare: sed vivo eo qui ingenuus prononciatus est, non etiam post mortem; in tantum, ut etiam si cœpta quæstio fuit retractationis, morte ejus extinguitur, ut eâdem oratione cavetur.

§ 4. Si quidem in deteriorem conditionem quis statum retractaret, secundum ea quæ dixi, præscribendum est. Quid ergo si in meliorem, veluti pro servo libertus dicatur, quære non admittatur? Quid enim si servus quis dicatur, quasi ex ancilla natus, quæ ante quinquennium mortua est? quare non liceat probare liberam fuisse: hoc enim et pro mortua est? Et Marcellus libro quinto de officio consulis scripsit posse. Ego quoque in auditorio publico idem secutus sum.

---

* *Nouveau Dunod, par J. B. de Laporte, 2e. partie, ch.* 7, *p.* 228 *et suiv.* } M. l'avocat-général Talon disait dans une cause fameuse où il s'agissait de l'état d'un enfant né pendant un mariage qui avait été déclaré nul pour l'impuissance du mari, qu'il faut distinguer l'action directement et principalement intentée par accusation sur l'état de la personne, de celles de partage, de succession et autres, dans lesquelles on agite incidemment la légitimité de la personne décédée.

Qu'au premier cas, il n'était pas loisible de révoquer en doute, en aucun temps, l'état dans lequel était morte une personne qui ne pouvait plus se défendre. Qu'au second, on pouvait le faire pendant cinq ans, mais qu'on ne le pouvait plus après ce temps écoulé, parce que l'état des hommes ne doit pas être longtemps douteux et incertain ; qu'il y a grande différence entre les questions de fait et de droit, que celles ci produisent des actions qui ne se prescrivent que par trente et quarante ans ; mais que les autres, principalement celles qui concernent l'honneur, périssent par un moindre temps.

Dans une autre cause où il était question de la légitimité d'un enfant né d'une fille qui, après avoir fait profession en religion, en était sortie, avait fait casser ses vœux et s'était mariée, cet illustre avocat-général conclut à ce que les parents fussent déclarés non-recevables à contester le mariage et la légitimité de l'enfant, parce que encore qu'on puisse rechercher l'état d'une personne dans les cinq ans depuis son décès, ce n'est que lorsqu'il n'y a point eu de jugement ou qu'il y en a eu un contre elle ; mais que, quand il y en a eu un pour son état, il n'est plus permis d'y toucher après sa mort, et c'est la disposition de la loi. (L. 1, § ult. ff. *ne de stat. def.* Ferrière sur la Cout. de Paris, tit. 6 § 2, No. 23.)

Les lois du digeste et du Code, *ne de statu defunctorum*, etc., peuvent donc être appliquées aux qualités de mari et de femme et à celle d'enfants. C'est une question de l'état des personnes où il s'agit de l'honneur, et cet état ne doit pas être troublé après cinq ans.

Il n'est pas permis après cinq ans, de contester l'état d'une personne décédée, pour le changer en le rendant pire ; mais on peut, après ce temps, agir pour le rendre meilleur, comme pour purger sa mémoire, pour faire juger légitime celui qui aurait été réputé illégitime. (*L. ult. Cod. ubi status causa, etc.*)

Le Code Napoléon est muet sur la prescription de l'action qui a pour but d'attaquer l'état dont un défunt a joui ; et en

conséquence nous pensons qu'il faut admettre et suivre les lois romaines qui sont conformes à l'équité.

A l'égard de celle dont l'objet est de réclamer l'état dont le défunt n'aurait pas joui, cette loi ne permet aux héritiers de l'intenter qu'autant que leur auteur est mort mineur ou dans les cinq ans de sa majorité, c'est-à-dire avant vingt-sept ans accomplis (art. 329) ; mais il ne prescrit aucun délai, en sorte qu'il semble abandonner cette action à la prescription ordinaire.

---

4 Pandectes Frs., sur arts. 328 *et* 329. } Ces deux articles changent l'ancien principe des lois romaines suivant lequel, l'action en réclamation d'état était imprescriptible à l'égard des héritiers, comme à l'égard de l'enfant lui-même.

Au reste, c'était effectivement pousser trop loin la faveur. L'homme mort en pleine majorité, sans avoir réclamé, a suffisamment reconnu qu'il n'avait aucun droit à l'état qu'on voudrait lui donner ; et le sort des familles ne doit pas être trop longtemps incertain.

---

* *Lacombe, Vo. Etat,* § 4, *p.* 264. } Celui qui ayant contre son état une sentence, a appelé et est décédé pendant l'appel, sa mort ne termine pas le procès, ceux qui y ont intérêt comme les enfans, peuvent agiter la question *propter bona ;* mais si celui qui a une sentence en faveur de son état décède pendant l'appel, la question d'état est terminée, et il s'en faut tenir au jugement qui a été donné de son vivant, leg. 1. § 3, *ne de stat. defunct. post. quinquen. quœr. Cuj. in leg. ult. C. de prœscript.* 30 *vel* 40 *ann. et in leg.* 2 *de jur. annul.*

Quand même l'appel aurait été interjetté et contesté du vivant du défunt, cette contestation ne pourrait pas proroger l'instance, ni le procès après sa mort *dict.* § 3, *Cuj. ibid, nec obst*

lex, principaliter, 13 *C. de liberal. caus.* qui dit qu'après la mort l'on peut dans les cinq ans agir de l'état du défunt par question incidente pour les biens, elle est dans le cas d'une personne dont l'état n'avait pas été contesté. Toutes les lois du tit. *Si pend. appell. mors interven.* sont dans le cas d'un homme qui a été condamné : c'est d'ailleurs une maxime qui concerne l'état des personnes aussi bien que les condamnations à peine afflictive, que le condamné qui meurt pendant l'appel *moritur integri status* à plus forte raison celui qui a une sentence en sa faveur ; cette décision est fondée sur la loi 25 *de stat. hom.* qui dit : *Ingenuum accipere debemus etiam cum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur.* Arr. du 3 sept. 1681 sur les concl. de M Talon. J. Aud.

---

* 2 *Marcadé, p.* 36 *et suiv.* } Une hérédité n'est que l'ensemble des droits pécuniaires laissés par un défunt ; et c'est sous le rapport pécuniaire seulement que l'héritier est le réprésentant de ce défunt, qu'il reçoit ses droits et se trouve chargé de ses obligations. L'action en réclamation d'état ne passe donc aux héritiers que comme action pécuniaire, et en tant qu'il s'agit d'intérêt d'argent. Mais, s'il en est ainsi, elle s'éteindra donc pour eux, soit par la prescription, soit par une renonciation expresse ou tacite, par une transaction, un aquiescement, ou toute autre convention. L'art. 328 indique suffisamment toutes ces idées, en déclarant que l'action n'est imprescriptible qu'à l'égard de l'enfant.

Et puisque l'action ne passe à l'héritier que comme action d'argent, comme droit pécuniaire, il s'ensuit encore que la renonciation expresse ou tacite de l'enfant, laquelle serait insignifiante contre lui, empêcherait cette action d'exister pour l'héritier. La loi consacre cette vérité d'une manière énergique, en déclarant dans l'art. 329 que le silence gardé

par l'enfant, pendant cinq ans seulement de majorité, fait naître une présomption de renonciation qui enlève l'action à ses successeurs.

Mais par quel délai l'action se prescrira-t-elle contre les héritiers ?... La loi n'ayant indiqué aucune prescription spéciale pour ce cas, il s'ensuit qu'on ne peut appliquer ici que la règle générale de l'art. 2262, qui déclare qu'aucune action prescriptible ne peut durer plus de trente ans. C'est donc après trente années écoulées depuis l'ouverture de la succession de l'enfant, sans interdiction ni minorité de l'héritier (art. 2252) que l'action en réclamation de l'état de l'enfant sera prescrite pour cet héritier.

Ce que nous venons de dire concerne tous les héritiers, mais ne concerne qu'eux. Et d'abord, il s'agit de tous héritiers, de tous ceux qui sont appelés à un titre quelconque au droit héréditaire, à la totalité ou à une quote part de la masse de biens qu'on appelle l'hérédité ; et ce, par la raison que l'action fait partie de cette masse de biens. Ainsi, le droit passe à tous les successeurs universels ; les successeurs particuliers en sont seuls exclus. Donc, l'action appartient selon les cas, aux héritiers légitimes, aux enfants naturels, au conjoint survivant, à l'état, aux légataires universels ou à titre universel ; elle n'est refusée qu'aux légataires particuliers ou à ceux des successeurs universels qui renonceraient à la succession.

Mais il ne s'agit aussi que des héritiers, de ceux-là seulement qui ne peuvent intenter l'action qu'à titre d'héritiers de celui dont ils réclament l'état ; c'est à eux seuls que s'appliquent les règles consacrées par les deux arts. 329 et 330. Ceux au contraire qui, à la qualité d'héritiers, joindraient celle d'enfants ou descendants directs de l'enfant défunt, ne seraient pas soumis à ces mêmes règles. En effet, si je prétends que mon père, qui a passé jusqu'à sa mort pour le fils naturel de Marie-Julie Lebret, a été constamment trompé sur son

état, te que j'aie la preuve qu'il était le fils légitime du baron de Saint-Germain, que l'on dit à tort décédé sans enfant, il est bien clair que l'action que j'intente alors n'est plus une action pécuniaire. Ce n'est plus seulement l'état de mon père, c'est aussi mon propre état que je réclame, puisque je prétends qu'au lieu de me nommer Jacques Lebret, je me nomme et suis Jacques de Saint-Germain, petit-fils et héritier du baron de ce nom. Mais si c'est alors mon état, à moi, que je réclame ; si j'agis en mon propre nom et non pas comme héritier, comme simple individu pécuniairement intéressé ; si c'est ma famille, mon titre, mon nom que je demande, et non pas seulement de l'argent, ou peut-être même pas d'argent du tout (parce que le baron de Saint-Germain est mort pauvre ou décédé depuis plus de trente ans déjà) ; s'il en est ainsi, on ne peut donc pas m'appliquer l'art. 329 et me déclarer non recevable, parce que mon père serait mort après cinq ans de majorité sans rien dire. Ce n'est plus dans le cas de cet art. 329, c'est dans le cas de l'art. 328 que je me trouve placé, puisque c'est mon état que je réclame, et mon action dès lors est imprescriptible. Et puisque ce n'est plus comme héritier que j'agis alors, il importe donc peu que j'aie renoncé à la succession de mon père ; car en renonçant à cette succession, je n'ai pas renoncé à ma famille et à mon nom.

Cette doctrine qui nous parait la seule vraie, la seule fondée en morale et en logique, n'est cependant pas généralement admise ; *Toullier* (II-910), M. Duranton (III-151), M. Zachariæ (III-p. 664) et aussi M. Demolombe (V-305), enseignent que quand l'enfant ne réclame son état que comme une suite et une conséquence de l'état de son père, cet état, par exception aux principes, devient prescriptible, et que son action, traitée pour ce cas comme une action pécuniaire, s'éteint par la renonciation de cet enfant, par la renonciation qu'aurait faite le père aujourd'hui décédé, par le silence que ce père a

gardé pendant cinq ans de majorité ; par toutes les causes, en un mot, qui résultent de la théorie de l'art. 329. D'après cette doctrine, qui rejette dans l'art. 329, et au nombre des actions simplement pécuniaires, l'action par laquelle l'enfant réclame son propre état en invoquant l'état de son père comme bâse du premier, il faudrait dire que cet enfant ne peut agir que quand il devient vraiment héritier de son père, c'est-à-dire, dans le cas seulement où il accepte sa succession. Ainsi, par cela seul que l'enfant aurait répudié la succession de son père, il ne pourrait jamais réclamer son nom, sa famille, son état ; il ne pourrait jamais arriver, ni par représentation ni de son chef, aux successions qui s'ouvriraient plus tard dans sa famille, quoique l'art. 744 déclare positivement qu'on peut très bien représenter celui à la succession duquel on a renoncé ; tout serait irrévocablement perdu pour lui.

Ce résultat, on le comprend, doit embarasser les partisans du système que nous rejetons. Aussi, comme Toullier chancelle quand il cherche à fixer ses idées sur ce point ! A cette question : les enfans peuvent-ils réclamer l'état de leur père en renonçant à sa succession ? Toullier répond en substance :

" On pourrait dire oui : mais cependant le code semble dir non ; et pourtant il paraîtrait dire oui ! Et malheureusement M. Duvergier, dans ses notes, n'ajoute rien à cette doctrine, si c'est là une doctrine.

Toullier a tort de vouloir mitiger un système qui doit être adopté en entier ou rejeté en entier. Si l'on range l'action de l'enfant dans l'art. 329, à l'instar des actions pécuniaires ; si l'on dit qu'aux yeux de la loi l'état et la famille ne sont plus qu'une question d'écus pour l'enfant qui ne peut réclamer son état qu'en réclamant celui de son père, il faut être conséquent et dire que cet enfant ne pourra agir qu'en se portant l'héritier de son père...Mais pourquoi donc rendre la loi si matérialiste, si peu morale, si peu logique, quand son texte ne l'exige en aucune façon ? La loi nous dit-

elle pas, dans l'art. 328, qu'à l'égard de l'enfant lui-même, à l'égard de celui qui réclame son propre état à lui, l'action est imprescriptible ? Et qu'importe que pour établir cet état, il ait besoin d'établir préalablement l'état de son père ? N'avons-nous pas vu, par exemple, que les héritiers d'un mari, qui ne pourraient pas poursuivre comme objet principal l'adultère de la veuve, peuvent très-bien prouver cet adultère pour arriver au désaveu de l'enfant, désaveu qui sera la conséquence de cet adultère prouvé ? Pourquoi donc ne pourrais je pas demander *principaliter*, et comme objet direct, mon état à moi, sauf à prouver ? l'état de mon père, dont il est la conséquence ?...On objecte que " laisser ainsi une action imprescriptible à tous les descendants directs, ce serait éterniser l'inquiétude des familles et l'incertitude des propriétés ; que, si favorable que soit l'action en réclamation d'état, le législateur a dû en limiter la durée en la personne des enfants de celui dont l'état a été supprimé, attendu que les exemples d'enfants ainsi privés de leur état sont moins nombreux que les exemples d'individus qui cherchent à troubler injustement les familles, et qu'il y a plus de gens excités par la cupidité que de pères et mères dénaturés." (Voy. Toullier II-910). Mais on oublie ici, comme on l'oublie dans la fameuse question des aliénations faites par l'héritier apparent, (art. 137, no. IV, t. 1,) que la loi a suffisamment veillé à cet objet, en établissant la prescription de tous les droits pécuniaires. On oublie que si la prescription ne peut pas m'enlever mon état, elle m'enlève très-bien les droits pécuniaires résultant de cet état ; de sorte que, si je puis exercer l'action à toute époque, quant à l'état lui-même, je ne pourrai plus l'exercer, en ce qui concerne les biens, après trente, ou même après vingt ou dix années, selon les cas. S'il en est ainsi, si la prescription s'accomplit d'après les règles ordinaires pour tout ce qui est question d'argent, il n'est donc pas à craindre que la cupidité éternise l'inquiétude des familles.

Il faut donc, selon nous, distinguer deux cas de réclamation d'état : 1° s'il s'agit de la réclamation d'état rigoureusement dite, de l'action par laquelle le demandeur réclame son état personnel ; alors, qu'il le bâse ou non sur la preuve à faire de l'état de son père, l'action est imprescriptible, c'est le cas de l'art. 328. ; 2° si le demandeur réclame un état qui n'est pas le sien, mais qu'il agisse seulement comme successeur universel de celui dont il réclame l'état, ce n'est plus là qu'une action pécuniaire prescriptible par trente ans : c'est le cas des arts. 329 et 330.

Maintenant, ces deux articles, il faut bien les entendre et ne pas confondre, comme l'ont fait des auteurs, les deux cas prévus par eux. L'art. 329 nous dit dans quel cas les successeurs universels aux biens peuvent *intenter* eux-mêmes l'action; l'art. 330 nous dit dans quel cas ils pourront *continuer* l'action intentée par l'enfant.

Les héritiers, c'est-à-dire tous les successeurs universels ayant accepté la succession, ne peuvent intenter l'action qu'autant que l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq ans révolus. Quand l'enfant meurt après cette époque, la loi tire du silence par lui gardé pendant les cinq années de majorité la présomption d'une renonciation qui anéantit, pour les héritiers, une action qui chez eux n'est que pécuniaire. Et les héritiers ne pourraient pas se soustraire à l'effet de cette présomption en prouvant ou que l'enfant est mort dans l'ignorance de son véritable état, ou même qu'il avait au moment de sa mort l'intention bien arrêtée d'agir prochainement, car, aux termes de l'art. 1452, " nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice." C'est donc là une de ces présomptions *juris et de jure*, et à l'effet desquelles il est impossible d'échapper (art. 124).

Et puisque la simple renonciation tacite de l'enfant empêche l'action de passer aux héritiers, il en serait donc de

même *a fortiori* d'une renonciation formelle. Ainsi la transaction, la convention quelconque par laquelle l'enfant aurait déclaré renoncer à son droit, bien qu'elle n'empêchât pas l'action de subsister toujours pour lui, l'empêcherait d'arriver aux héritiers.

Quand il y a eu de la part de l'enfant une renonciation formelle à son droit, aucune circonstance ne peut faire revivre l'action pour les héritiers ; car elle est désormais anéantie en tant qu'action pécuniaire : or, c'est seulement comme telle qu'elle pourrait être exercée par eux. Mais ce même effet, cette déchéance irrévocable, ne résulte pas également du silence gardé par l'enfant pendant cinq ans de majorité ; quand l'enfant a dépassé l'âge de vingt-six ans sans agir, il n'est pas encore impossible que les héritiers jouissent de l'action après sa mort. En effet, si plus tard cet enfant intente lui-même l'action, cette circonstance détruisant la présomption de renonciation que la loi avait posée, la mort de l'enfant arrivée pendant l'instance transmettrait aux héritiers le droit de continuer cette action par lui commencée. Telle est la disposition formelle de l'art. 330.

Mais, bien entendu, pour que l'instance ouverte par l'enfant puisse être continuée après lui par les héritiers, il faut qu'il n'y ait pas renoncé, soit formellement, soit tacitement. La renonciation formelle à une action s'appelle désistement (arts. 402, 403, C. proc.) ; la renonciation tacite consiste dans une prescription qui prend le nom *péremption d'instance*, et qui résulte de trois années d'inaction (art. 397 et suiv. Ibid). Si l'enfant, après avoir intenté l'action, s'en désiste ou la laisse périmer, cette action étant dès lors comme non avenue, les héritiers en resteront privés : c'est ce qu'explique la fin de l'art- 330.

Du reste, pour que le désistement ou la péremption aient lieu, il ne suffit pas que l'enfant ait déclaré et signifié qu'il se désiste, ou qu'il ait laissé passer trois ans sans poursuites ; il

faut que l'adversaire, dans le premier cas, ait signifié son acceptation du désistement et que, dans le second, il ait fait prononcer la péremption (C. proc., arts. 402, 403, 399). Si donc l'enfant meurt avant l'acceptation de l'adversaire, ou avant que la péremption soit demandée, les héritiers pourraient continuer l'action, en déclarant qu'ils retirent le désistement, ou en signifiant un nouvel acte de procédure pour empêcher la péremption.

Id., *p.* 41. } Le désistement et la péremption ne constituent pas, de la part du demandeur, une renonciation au droit qu'il prétend avoir, mais seulement une renonciation à la continuation de l'action qu'il avait intentée ; en sorte que, même dans les cas ordinaires, pour les droits purement pécuniaires, le demandeur peut toujours, après la péremption prononcée ou le désistement accepté, intenter une action nouvelle ; ce qu'il ne pourrait plus faire, s'il y avait renonciation au droit lui-même. Les choses sont remises dans le même état que s'il n'avait pas intenté l'action, et voilà tout. (C. pr., arts. 401, 403.)

Donc, si c'était pendant les cinq premières années de sa majorité que l'enfant se fut désisté de son action, ou qu'il eût laissé périmer, et qu'il mourût ensuite dans ce même délai de cinq années, ses héritiers pourraient très-bien intenter une action nouvelle après sa mort. Prétendre le contraire, comme l'ont fait certains auteurs, notamment Delvincourt et M. Dalloz, ce serait violer et les principes du Code de procédure, et la théorie même de nos arts. 329 et 330. Ce serait violer les principes du désistement et de la péremption, puisque ce serait leur donner l'effet d'une renonciation au droit lui-même. Ce serait violer nos articles eux-mêmes ; car, d'après l'art. 330, le désistement ou la péremption retirent aux héritiers, non pas le droit d'intenter une action nouvelle, mais seulement le droit de *suivre* celle intentée par l'enfant ; et d'après l'art. 329, les héritiers ont ce droit d'intenter l'action

dès lors que l'enfant est mort avant vingt-six ans sans avoir agi. Or, l'effet légal du désistement et de la péremption, c'est de faire regarder le demandeur comme n'ayant pas agi.

La doctrine contraire, résultat de ce système d'interprétation judaïquement littérale si fertile en erreurs, tombe au choc du moindre examen. La pensée palpable de la loi, c'est que l'action est enlevée aux héritiers par la renonciation tacite de l'enfant, laquelle résulte d'un *silence continué pendant cinq ans de majorité.* Or, quand l'enfant intente son action à vingt-deux ans; qu'après trois ans d'inaction, une péremption est demandée ou un désistement formel accepté, et qu'il meurt six mois après, à vingt-cinq ans et demi, sans avoir intenté une nouvelle action, alors, sa réclamation étant censée non avenue, que s'ensuit-il ? Que peut-on en conclure de plus rigoureux ?....Ce serait que la volonté de ne pas agir a duré chez lui pendant quatre ans et demi. Mais ce n'est pas pendant quatre ans et demi, c'est pendant cinq ans que cette volonté doit avoir duré, d'après l'art. 329. Il reste donc six mois encore, six mois pendant lesquels l'enfant pouvait changer d'avis, six mois par conséquent pendant lesquels sa mort doit faire passer l'action aux héritiers. La simple lecture des deux articles fait comprendre que le second ne parle que du cas où l'enfant meurt après vingt-six ans ; les idées du Code sont celles-ci : 1° le droit pécuniaire que l'enfant avait au moment de sa mort passe à ses héritiers, s'il meurt avant vingt-six ans (art. 329) ; mais 2° s'il meurt après vingt-six ans, les héritiers restent sans droit, sauf qu'ils pourraient seulement continuer l'action commencée, pourvu, bien entendu, qu'elle ne soit pas éteinte (art. 330.)

---

1 *Rogron, Explic. du Code sur art.* 329, *C. N.* } *Ou dans les cinq ans.* Le silence gardé par l'enfant jusqu'à l'âge de vingt-six ans ne pourrait lui être objecté, mais il peut l'être à ses héritiers, qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire, com-

me une preuve qu'il avait renoncé tacitement à son action. On tire de son silence, en effet, la présomption qu'il avait jugé lui-même, dans sa propre cause, qu'il était sans droit pour réclamer.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 910 *et suiv.* } L'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état n'est établie qu'en faveur de l'enfant. C'est un privilège qui lui est personnel et qui ne passe point à ses héritiers, ni même à ses enfans, quoique leur état personnel dépende en partie de celui de leurs père et mère, puisqu'ils ne peuvent avoir d'autre famille que celle des auteurs de leur naissance.

Mais l'intérêt général de la société, toujours intimement lié au repos des familles, l'a emporté sur l'intérêt particulier des enfans de l'individu dont l'état a été supprimé. Il importe de ne pas prolonger l'inquiétude des familles et l'incertitude des propriétés.

Aucune demande n'est plus favorable que celle d'un enfant qui veut recouvrer son état civil. Mais les exemples d'enfans qui se trouvent injustement dans cette position malheureuse sont moins nombreux que les exemples d'individus qui cherchent à troubler injustement la tranquillité des familles; il y a plus de gens excités par la cupidité, que de pères et mères dénaturés. Que deviendrait la paix des familles, si, même après la mort de ces individus, leurs enfans ou leurs héritiers pouvaient encore exercer l'action imprescriptible en réclamation d'état ? Il ne s'agit plus pour eux de recouvrer le rang honorable d'enfans légitimes, mais seulement les droits utiles de la famille où ils voudraient entrer. Le Code fait dépendre leurs prétentions contre cette famille de la conduite de leur auteur.

S'il n'a point réclamé avant de mourir, la loi présume qu'il a cru n'être pas en droit de le faire, et comme il est le premier et le meilleur juge de ses droits, ses héritiers, ses

enfants même ne doivent pas être admis à venir troubler une famille à laquelle leur auteur s'est lui-même regardé comme étranger.

On pourrait dire, à la vérité, que c'est moins par défiance de son droit qu'il a gardé le silence, que parce qu'il a ignoré son état, parce qu'il n'en avait pas encore découvert ou recouvré les preuves. La chose est en effet possible.

Mais l'intérêt général et le repos des familles l'ont emporté sur une possibilité qui aurait conduit à rendre l'action imprescriptible, en faveur des héritiers aussi bien qu'en faveur de l'enfant. Ils ne pourraient donc pas être admis à prouver que le défunt est mort dans l'ignorance de ses droits.

[911.] Mais ils sont recevables à intenter l'action en réclamation d'état s'il est mort en minorité (329), parce qu'il était incapable d'exercer ses droits en justice.

Ou s'il est mort dans les cinq ans depuis sa majorité, c'est l'espace de temps que la loi a fixé nécessaire, pour qu'il n'ait pu rester dans l'ignorance de ces droits.

S'il est mort aprés cinq ans écoulés, les héritiers ne sont plus recevables à exercer l'action en réclamation d'état.

[912.] Mais il faut remarquer que cette prescription de cinq ans ne peut être opposée aux héritiers que lorsque l'enfant qui n'a pas réclamé son état n'a eu de son vivant ni titre, ni possession constante, aux termes de l'art. 329.

Si l'enfant décédé avait été constamment en possession de son état, et que l'on opposât à ses descendans les erreurs de son acte de naissance, ils pourraient demander la ratification quelque laps de temps qui se fût écoulé depuis sa mort.

[913.] Si l'enfant qui n'a pas réclamé son état meurt dans les cinq ans depuis sa majorité, l'action en réclamation d'état passe à ses héritiers, mais nous avons vu qu'elle n'est point imprescriptible en leur faveur. Or, le Code n'ayant fixé aucun délai particulier pour l'exercer, il en résulte qu'elle ne peut être prescrite comme toutes les actions personnelles et réelles

que par le laps de trente ans (art. 2262) à compter du jour de sa mort.

La même prescription de trente ans s'applique au cas inverse.

Si un étranger ou un fils naturel qui passait pour fils légitime des deux époux avait recueilli leurs successions à l'ombre de cette possession, dont ils l'auraient laissé jouir, leurs héritiers pourraient l'en évincer en lui contestant son état et en prouvant qu'il n'a pas la qualité qu'il usurpait; mais ils devraient former leur action, soit contre lui, soit contre ses enfans, dans les trente ans du jour de son entrée en jouissance des biens, parce que la pétition d'hérédité est une action personnelle qui ne se prescrit que par 30 ans.

[914.] Les héritiers peuvent encore suivre l'action en réclamation d'état, lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût personnellement désisté (330); car alors il a reconnu l'injustice de sa réclamation, ou à moins qu'il n'eut laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure; car alors l'instance est périmée, et il est censé avoir tacitement reconnu que son action était mal fondée.

Mais il faut remarquer que cette présomption n'écarte que les héritiers, et n'élève pas de fin de non-recevoir contre l'enfant, qui pourrait, s'il était encore vivant, recommencer, même après la présomption acquise, son action, qui est imprescriptible, et sur laquelle il ne peut transiger ni compromettre.

L'action en réclamation d'état, lorsque l'enfant est mort après l'avoir commencée, ou dans les cinq ans depuis sa majorité, est accordée aux héritiers sans distinction; mais elle appartient aux héritiers collatéraux aussi bien qu'aux héritiers directs, aux héritiers testamentaires ou légataires universels aussi bien qu'aux héritiers du sang, avec cette distinction que les collatéraux et les héritiers testamentaires ne peuvent l'exercer que pour recueillir des droits utiles ouverts avant

la mort de l'enfant; car l'intérêt est la mesure des actions et il faut que cet intérêt soit présent et actuel.

Les héritiers directs, au contraire, peuvent exercer l'action en réclamation d'état, quoiqu'il n'y ait aucuns droits ouverts avant la mort de l'enfant, car ils ont un très-grand intérêt, un intérêt présent et actuel à faire reconnaître l'état de leur auteur, pour le représenter dans les successions qui pourront s'ouvrir par la suite, et pour jouir de tous les autres droits de famille.

On pourrait donc dire que les enfans peuvent exercer cette action, quoiqu'ils aient renoncé à la succession de leur père. Cependant le Code ne parle que des *héritiers* : il serait donc imprudent aux enfans qui voudraient exercer l'action en réclamation de l'état de leur père, de renoncer à la succession; ils devraient, pour lever toute difficulté, se porter héritiers par bénéfice d'inventaire.

Il ne parait pourtant pas que la disposition des art. 329 et 330, qui parlent des héritiers, soit limitative; on peut même remarquer qu'ils sont conçus dans une forme énonciative. " *Les actions peuvent être intentées par les héritiers*, etc ". Il est difficile de croire, par exemple, lorsque l'action a été commencée par l'enfant, qu'il soit interdit à ses créanciers de la poursuivre au défaut des héritiers, qui renoncent ou négligent de reprendre les suites. L'ancienne jurisprudence accordait ce droit aux créanciers du défunt, et on ne voit aucune raison plausible pour la leur refuser, lorsqu'il y a des droits utiles à recueillir. Cependant les tribunaux interprètent aujourd'hui la loi d'une manière tellement restrictive, que la question pourrait souffrir des difficultés.

Il parait encore qu'on ne pourrait, dans le même cas, refuser cette action aux héritiers irréguliers, puisque le Code parle des héritiers sans distinction.

---

* 17 *Merlin, Rép., Vo. légitimité, sec. IV, § 1, p. 471 et suiv.* } Quelles sont les personnes qui ont qualité pour défendre ou contester la légitimité d'un enfant ?

Sur ce premier objet, nous nous tairons, pour laisser parler M. Corberon, procureur-général du parlement de Metz. Voici comment il s'exprime dans le plaidoyer déjà cité (du 12 mars 1693), il s'agissait de savoir si une seconde femme était recevable à attaquer l'état d'un enfant d'un premier lit, pour conserver son douaire entier :

" Il semble d'abord qu'il n'y ait que celui qui peut disputer aux enfans la possession des biens laissés par le défunt, qui puisse attaquer leur état, et refuser de les reconnaître pour légitimes.

" Cependant la règle la plus sûre pour connaître si celui qui conteste l'état d'un enfant, y doit être admis, est de savoir s'il y est intéressé en quelque manière que ce soit. En effet, la question d'état n'a rien de particulier qui la distingue à cet égard des autres contestations, et qui empêche les parties intéressées de la former.

" Ainsi, dans une maison illustre, entre parens qui portent le même nom, le plus éloigné peut agir en justice contre le fils de son parent, et lui disputer le droit de porter le nom et les armes de la maison, en soutenant qu'il est illégitime, quoiqu'il n'ait pas le droit de lui disputer la succession.

" C'est ainsi que, sur une simple déclaration de dépens, il s'élève souvent entre étrangers des contestations pour la qualité, qui dégénèrent en question d'état, et dans lesquelles celui qui est appelant de la taxe, soutient que le séjour de la partie ne doit pas être taxé comme à un gentilhomme, quoique son père fût noble, parce qu'il est illégitime : on l'admet, en cette rencontre, à justifier que cette partie n'est pas légitime. Il faut donc voir si l'appelante a intérêt de contester l'état du mineur que défendent les intimés.

“Il est certain que l'enfant qu'elle a eu du sieur de Fillon étant décédé, elle n'a point de droit à sa succession, et que la propriété des biens qu'il a laissés, ne la regarde pas ; mais elle a un usufruit à prétendre sur tous ces biens à titre de douaire, en vertu de son contrat de mariage : aussi, lorsque le tuteur et le curateur de ce mineur demandent en justice la réduction de cet usufruit, en vertu de l'édit des secondes noces, elle a un intérêt sensible, pour s'en défendre, de faire voir que cette réduction ne peut avoir lieu, parce que ceux qui la demandent, sont enfants illégitimes, et ne peuvent rien prétendre à la succession de leur père.

“L'appelante, qui n'a point d'action pour contester l'état des enfants du premier lit de son mari, peut donc le faire par forme d'exception. La défense dont elle se sert est de droit naturel. Il serait injuste que les enfants de son mari pussent agir contre elle, pour la faire priver d'une partie de ses conventions, et qu'il ne lui fut pas permis de repousser leur action, en faisant voir qu'ils n'ont pas droit de former contre elle cette demande.

“Il n'est pas nouveau de proposer en justice la question d'état par forme d'exception. Les Romains, qui étaient si scrupuleux observateurs de leurs formalités, en usaient ainsi : ils recevaient l'exception aussi bien que l'action qu'ils appelaient *préjudicielle* ; une des principales était celle par laquelle on agitait la question d'état, et ils la mettaient au rang des exceptions péremptoires, *quæ actionem perimunt et extinguunt.*

C'est par le même principe que se décide la question de savoir si le créancier d'un enfant peut être admis à soutenir sa légitimité. Voici de quelle manière M. D'Aguesseau la discute, par rapport à un créancier de Jacquette de Senlis, qui prétendait recueillir la portion à laquelle sa débitrice aurait eu droit dans la succession de son père, si elle eut été légitime :

“ Admettra-t-on les arguments d'un étranger peu instruit

de l'état d'une famille, incapable de donner des marques certaines de la vérité des faits qu'il avance contre le suffrage des parents, contre la voix de la famille, contre cette espèce de jugement domestique qu'elle a prononcé ?

"Cependant, quand on considère que le titre de la dette est juste, légitime, favorable ; que l'appelant est un créancier de bonne foi, qui pendant que Jacquette de Senlis était abandonnée par ses parents, ou prétendus, ou véritables, l'a secourue dans ses longues infirmités ; qu'il demande aujourd'hui son paiement sur les biens qui pouvaient appartenir à sa débitrice ; que ces biens se réduisant à une prétention peut-être mal fondée, mais toujours précieuse, il a voulu exercer ses droits, et reprendre la demande à fin de partage qu'elle avait intentée ; que ce n'est pas lui qui fait naître aujourd'hui la question d'état ; qu'il se trouve au contraire obligé malgré lui à la soutenir, parce que les parents désavouant tout de nouveau Jacquette de Senlis, lui ont opposé qu'elle n'était pas de la famille : quand on examine toutes ces circonstances, on ne saurait trouver aucune irrégularité dans la conduite de l'appelant. S'il est moins favorable dans une querelle d'état que sa débitrice, il n'en est pas moins partie légitime."

Et nul doute que l'on ne doive encore juger de même aujourd'hui, puisque l'art. 1166 du Code Civil permet aux créanciers d'exercer *tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne*, exception dans laquelle n'est évidemment par comprise l'action en réclamation de légitimité.

---

* *C. N.*, 329. } L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité.

* *Id.*, 330. } Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée, à moins qu'il ne s'en fut désisté formellement, ou qu'il n'eut laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES ENFANTS NATURELS.

237. Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère.

CHAPTER THIRD.

OF ILLEGITIMATE CHILDREN.

237. Children born out of marriage, other than the issue of an incestuous or adulterous connection are legitimated by the subsequent marriage of their father and mother.

---

* *Pothier, Contrat de mariage,* No 408. } La légitimation des enfants *per subsequens matrimonium* tire sa première origine d'une constitution de l'empereur Constantin, qui ne nous est pas parvenue, mais dont la teneur nous est rapportée par l'empereur Zénon en la loi 5, *Cod. de nat. lib.*

Cette loi rapporte que l'empereur Constantin avait fait une constitution, laquelle, lorsqu'un homme avait des enfants naturels d'une femme de condition ingénue, qu'il avait à titre de concubine, et qu'il n'avait aucuns enfants légitimes d'un mariage légitime qu'il aurait auparavant contracté avec une autre femme, le mariage légitime qu'il contractait avec la femme qu'il n'avait eue d'abord qu'à titre de concubine, non seulement donnait à cette femme le titre et tous les droits d'enfants légitimes aux enfants qu'il avait eus de cette femme pendant qu'elle n'était encore que concubine, de même que s'ils fussent nés durant le mariage, lesquels en conséquence étaient *sui heredes*, et succédaient à

leur père, même avec les autres enfants nés durant le mariage, concurremment et sans aucune distinction.

L'empereur Zénon, par cette loi 5, ordonne l'exécution de la constitution de Constantin à l'égard seulement des enfans nés ; mais il l'abroge à l'égard de ceux qui naîtront par la suite *ex concubinatu*, et ne permet pas qu'ils puissent être légitimés par le mariage légitime que leur père contracterait depuis avec leur mère, le père devant s'imputer de n'avoir pas contracté d'abord avec elle un mariage légitime.

N° 409.—Il parait que depuis on rétablit la légitimation que Zénon avait abrogée ; mais on y apportait des restrictions. Les uns voulaient que les enfans nés *ex concubinatu* ne fussent légitimés et admis *tanquam sui heredes* à la succession de leur père, que dans le cas auquel il n'y aurait eu aucun enfant né du mariage que leur père avait depuis contracté avec leur mère. Les autres apportaient une restriction toute opposée, et voulaient qu'il n'y eut lieu à la légitimation que lorsqu'il y avait des enfans nés de ce mariage, par lesquels les droits de *sui heredes* fussent communiqués à ceux nés auparavant. Justinien, par les lois 10 et 11 *Cod. d. tit.*, a condamné ces deux restrictions, et rétabli le droit de Constantin sur la matière de cette légitimation.

Il l'a même étendu depuis par ses novelles en deux points : 1°. en ce que suivant le droit de Constantin, les enfans nés d'une concubine ne pouvaient être légitimés par le mariage légitime que leur père contractait depuis avec elle, que dans le cas auquel leur père n'avait alors aucuns enfans légitimes : au contraire, Justinien, par sa novelle 12, cap. 4, ordonne que même dans le cas auquel un homme aurait des enfans d'un mariage légitime avec une autre femme, qui aurait été dissous, avant qu'il eût sa concubine, il puisse, en contractant un mariage légitime avec sa concubine, rendre légitimes les enfans qu'il a eus d'elle. 2° au lieu que, par le droit de Constantin, il n'y avait que les enfants nés d'une concubine

de condition ingénue, qui pouvaient être légitimés par le mariage légitime que leur père contractait depuis avec leur mère. Justinien, par sa novelle 18, *cap. fin.*, veut que les enfans nés d'une concubine de condition affranchie aient le même avantage : il veut même que lorsqu'un homme a eu à titre de concubine son esclave dont il a eu des enfans, il puisse, après avoir donné la liberté à cette femme et aux enfans qu'il a eus d'elle, et après leur avoir obtenu du prince les droits d'ingénuité, contracter un mariage légitime avec cette femme, et, par ce mariage, rendre légitimes les enfans qu'il avait eus d'elle auparavant. Il ne permet néanmoins de légitimer ainsi les enfans nés dans l'esclavage que lorsqu'il n'y a aucun enfant légitime d'une autre femme.

Par la novelle 78, *cap.* 3 et 4, il dispense d'obtenir du prince les droits d'ingénuité pour les enfans, et il veut que, sans même qu'il soit besoin que leur père leur accorde expressément la liberté, ils deviennent libres enfans légitimes de plein droit par le mariage légitime que leur père contracte avec leur mère.

Il parait même, par les termes généraux dans lesquels est conçue cette novelle, qu'elle n'exige plus pour la légitimation des enfans nés dans l'esclavage que leur père n'eût pas d'enfant légitime d'une autre femme.

N° 410.—Le droit canonique a encore enchéri sur les lois romaines. Ce n'était qu'aux enfans nés *ex concubinatu*, qui était une union permise par les lois, et un vrai mariage naturel, que les lois romaines accordaient le droit d'acquérir le titre et les droits d'enfans légitimes, par le mariage légitime que contractaient depuis ensemble leur père et leur mère. Ce n'est que de ces enfans nés *ex concubinatu*, qu'ont parlé toutes les lois que nous avons rapportées, et il n'y en a aucune qui ait accordé le même droit aux enfans nés d'une union illicite, telle que la fornication.

C'est pourquoi les lois romaines, sur cette matière, ne peu-

vent guère recevoir d'application dans notre droit français, qui a rejeté le *concubinatus*, qui ne permet aucune autre union entre un homme et une femme que le mariage légitime.

Le droit canonique a été plus indulgent pour la légitimation des enfans nés avant le mariage par le mariage subséquent de leurs père et mère : il veut que les enfans, quoique nés d'une union illicite, telle qu'est la fornication, soient légitimés par le mariage légitime que contractent depuis ensemble leurs père et mère pourvu que lors du commerce dont ils sont nés, leurs père et mère aient été capables de contracter mariage ensemble.

La couleur que le droit canonique a donné à cette légitimation est qu'il suppose que lorsque les père et mère de ces enfans ont eu ensemble le commerce charnel dont ils sont nés, ils avaient dès lors intention de contracter mariage ensemble ; que c'est la violence de la passion qu'ils avaient l'un pour l'autre qui les a fait succomber à la tentation d'en prévenir le temps ; que ce commerce est une espèce d'anticipation du mariage qu'ils se proposaient alors de contracter, et qu'ils ont depuis effectivement contracté ; que les enfans nés de ce commerce doivent en conséquence être regardés comme des fruits anticipés de ce mariage, et comme s'ils en étaient nés. C'est pour ces raisons que le pape Alexandre III, en sa décrétale, *Ext. qui filii sint legit.* dit : la force du mariage est si grande, qu'elle rend légitimes les enfants que les parties contractantes ont eus ensemble avant leur mariage : *tanta st vis matrimonii ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Le pape ne borne pas sa décision, comme faisaient les lois romaines, aux enfans nés *ex concubinatu*, qui, sans être une union légitime, était une union innocente et permise. Les termes généraux dans lesquels est conçu le principe qu'il établit, renferme tous les enfans nés du commerce que les par-

ties ont eu avant leur mariage, quoiqu'il fût illicite, telle qu'est la fornication.

N° 411.— Il parait qu'il a seulement voulu excepter du principe le cas auquel les parties, lors de l'habitude charnelle qu'elles ont eue ensemble, n'eussent pas été capables de contracter alors mariage ensemble. C'est pourquoi il ajoute que, si un homme marié a eu, pendant son mariage, habitude charnelle avec une fille, il ne peut pas, en épousant cette fille après la dissolution de son mariage, légitimer l'enfant né de cette habitude, parcequ'étant alors marié il n'était pas libre : les parties n'étaient pas alors capables de contracter mariage ensemble : *Si autem*, dit le pape, *vir vivente uxore suâ, aliam cognoverit, et ex eâ prolem susceperit, licet post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominùs spurius erit filius...... quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.*

La raison de cette exception est que la couleur qu'on donne à la légitimation, en supposant que le commerce charnel dont les enfants sont nés, est intervenu en vue du mariage, et qu'il en est une espèce d'anticipation *suprà n. præced.* ne peut alors se rencontrer ; car lorsque les parties sont incapables de contracter mariage ensemble, *putà* par rapport à ce que l'une d'elles est engagée dans un mariage avec une autre personne, on ne peut plus supposer que le commerce charnel qu'ils ont eu, est intervenu en vue du mariage qu'ils se proposaient de contracter ensemble, puisqu'elles étaient alors incapables de le contracter, et qu'elles ne pouvaient pas même décemment espérer d'en devenir capables par la suite.

N° 412.—Les principes du droit canonique sur l'effet qu'il donne au mariage, de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu ensemble avant le mariage, sont suivis dans notre droit français, non par l'autorité des décrétales en elles-mêmes : elles n'en ont aucune en France, surtout sur une matière telle que la légitimation des enfants,

qui appartient à l'ordre politique et n'est en aucune manière de la compétence de la puissance ecclésiastique ; mais l'équité et la faveur que ces principes renferment nous les ont fait embrasser.

Lorsqu'une fille a eu le malheur d'avoir une habitude charnelle avec un homme, il est intéressant pour le bon ordre que l'homme couvre cette faute, et répare l'honneur de la fille en l'épousant. Mais comme il arrive souvent ou que l'homme se dégoûte de la fille pour qui il avait eu d'abord de la passion, ou que sans se marier ils continuent de vivre dans le désordre, il était de la sagesse des lois de fournir à l'homme des motifs qui le portassent à épouser la fille avec qui il a eu l'habitude. C'est ce qu'à fait le droit canonique, en donnant au mariage l'effet de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant le mariage. On ne pouvait pas fournir à l'homme qui a eu commerce avec une fille un motif plus puissant pour le porter à l'épouser. La tendresse que la nature inspire à un père pour ses enfants naturels le porte à leur procurer le titre et les droits d'enfants légitimes, lorsqu'il a un moyen pour les leur procurer, et par conséquent à contracter avec leur mère un mariage légitime, qui est le seul moyen qu'il ait pour le leur procurer.

La sagesse du droit canonique qui, par la légitimation des enfants *per subsequens matrimonium*, fournit à un homme qui a eu habitude charnelle avec une fille le motif le plus puissant qu'on pût trouver pour le porter à l'épouser, est donc évidente. Ces raisons ont fait adopter dans notre droit les principes du droit canonique sur cette matière...C'est un droit commun reçu dans tout le royaume, que personne ne révoque en doute.

N. 415.......On doit tenir pour règle générale que le mariage ne peut légitimer que les enfants nés d'un commerce *inter solutum et solutam*, c'est à-dire, libres l'un et l'autre d'un

autre engagement, et qui étaient capables de contracter dès lors mariage ensemble ; et qu'il ne peut jamais purger le vice d'un commerce adultéril, pour légitimer les enfants qui en sont nés.

N. 422.—La légitimation des enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage se fait par la seule force et efficace du mariage que leurs père et mère contractent : *Tanta est vis, etc.*

Il n'est donc pas nécessaire que le consentement du père et de la mère intervienne pour cette légitimation ; il n'est pas en leur pouvoir de priver leurs enfants du droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne à leurs père et mère de les légitimer.

Il est encore moins nécessaire que lors de la célébration du mariage, on ait fait paraître ces enfans sous le poële. Cette cérémonie est une reconnaissance formelle que les parties contractantes font de ces enfans, mais qui n'est pas nécessaire, lorsqu'elles les ont reconnus pour leurs enfans de quelque autre manière que ce soit, soit avant, soit depuis leur mariage ; et en un mot, lorsque ces enfans peuvent, de quelque manière que ce soit, justifier leur état.

---

* *Pothier, Des personnes, tit. 4.* } On appelle *bâtards* tous ceux qui ne sont pas nés d'un mariage contracté suivant les lois du royaume.

L'enfant né d'une conjonction illégitime peut devenir légitime si les père et mère contractent par la suite ensemble un légitime mariage, pourvu néanmoins qu'il ne soit pas adultérin, c'est-à-dire, que lors de la conjonction de laquelle il est né, ni son père ni sa mère n'aient été engagés dans un mariage avec un autre.

Les bâtards jouissent de l'état civil commun à tous les citoyens, mais ils n'ont pas les droits de famille.

Par le droit romain, ils appartenaient à la famille de leur mère, mais par le droit français ils n'appartiennent à aucune famille, toute parenté naturelle provenante d'une conjonction illégitime n'étant pas considérée dans notre droit, de là il suit qu'ils n'ont droit de succéder à personne, si ce n'est à leurs enfans nés d'un légitime mariage, et qu'il n'y a que leurs enfans nés en légitime mariage qui puissent leur succéder.

Les bâtards sont incapables de recevoir des donations universelles, soit entre-vifs, soit par testament de leurs père ou mère, mais il sont capables de recevoir d'eux des donations et legs particuliers ; et à l'égard des étrangers, ils sont capables de toutes sortes de donations et legs, soit universels soit particuliers.

Les bâtards nés d'une conjonction incestueuse] ou adultérine sont d'une condition pire que les autres bâtards, en ce que : 1. ils ne peuvent devenir légitimes par le mariage subséquent de leurs père et mère ; 2. en ce qu'il sont incapables de toutes donations de leurs père ou mère, même à titre particulier ; on peut néanmoins leur laisser des alimens.

---

* *Pothier, Successions, Sec.* 2, *c.* 1, *art.* 3, §. *V*, *p.* 20. } De la légitimation par mariage subséquent. Cette espèce de légitimation tire son origine d'une constitution de Constantin, abrogée par Zénon, L. 5. Cod. *de natur. lib.* renouvelée par Justinien, legib. 10 et 11, Cod. d. 1. et beaucoup augmentée par *la novelle* 18e *cap. ult. et par la novelle* 78e, *cap.* 4e, du même empereur.

Question première. Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent ?

La légitimation a été inventée pour légitimer les enfans nés *ex concubinatu.* Ce *concubinatus* était un vrai mariage naurel auquel il ne manquait que les effets civils, et qui était permis par les lois, *per leges nomen assumpsit.* *L.* 3, § 1, *ff. de concubin.*

[ARTICLE 237.]

Quoique par nos mœurs le concubinage soit différent, qu'il ne soit point un vrai mariage, mais une conjonction illicite, néanmoins le vice de cette conjonction peut être purgé par le mariage subséquent, et les enfans qui en sont nés rendus légitimes.

Il en est de même d'une simple conjonction passagère d'un homme avec une fille ; s'il l'épouse par la suite, le mariage purgera le vice de cette conjonction, et rendra légitime l'enfant qui en est né ; s'il y avait une parenté collatérale entre le garçon et la fille qui ont habitude ensemble, le mariage célébré par la suite entre ces personnes légitimera-t-il les enfans nés de cette habitude ? La raison de douter est que cette conjonction est entachée d'un vice d'inceste, qui la rend plus criminelle ; néanmoins il faut décider que les enfans sont légitimés : la dispense obtenue depuis a un effet retroactif qui purge ce vice d'inceste.

Le vice d'une conjonction adultérine ne peut être purgé ; les enfans qui en sont nés ne peuvent être légitimés par un mariage subséquent. C'est la disposition du chap. *tanta est vis.* 7 *qui filii sunt legitimi*, que nous suivons. *Finge* : un homme marié a eu, pendant son mariage, une habitude avec une fille, et de cette habitude est né un enfant, le mariage qu'il contractera par la suite avec cette fille après la mort de sa femme ne pourra légitimer cet enfant, parce que le vice d'une conjonction adultérine est trop considérable pour pouvoir être purgé.

Si j'ai eu pendant mon mariage habitude avec une fille, et que l'enfant conçu de cette habitude ne soit né que depuis la mort de ma femme, cet enfant pourra-il être légitimé par le mariage que je contracterai avec cette fille ? Non, car, quoique ma femme soit morte avant la naissance de cet enfant, la conjonction dont il est procréé n'en est pas moins une conjonction adultérine ; je n'en aurais pas proposé la question, si je n'avais su que Lebrun est d'avis contraire. Il cite les lois 18 et 19 ff. *de stat. hom.* qui n'ont aucune appli-

cation. Ces lois décident qu'un enfant naît libre si sa mère était libre, soit au temps de la conception soit au temps de la naissance, parce que la condition de sa mère, dont dépend la sienne, pouvant être considérée en ces différents temps doit être considérée dans le temps le plus favorable pour l'enfant, mais le vice d'adultère, qui rend l'enfant qui en est provenu adultérin, ne peut être considéré que dans le temps, que l'adultère se commet, dans le temps de la conjonction, le temps de la naissance de l'enfant est indifférent à cet égard.

Par cette même raison, quoique l'enfant que j'ai eu d'une habitude avec une fille soit né pendant mon mariage avec une autre femme, il ne sera pas adultérin si la conjonction dont il a été procréé a précédé le mariage, car la conjonction n'a pas été adultérine, et par conséquent il pourra être légitimé par le mariage que je contracterai avec sa mère après la mort de ma femme.

Si la personne dont j'ai eu un enfant était mariée, mais avait une juste cause de croire que son mari n'était plus, ayant eu des certificats de sa mort, l'enfant pourrait-il être légitimé par le mariage que je contracterais avec elle après la mort de son mari ? Je le pense ; car cette conjonction n'est pas adultérine. *Adulterium sine dolo malo non committitur* L. 43, *C.* 11. § 12.—L. 12, ff. *ad leg. Jul. de adult.*

Question deuxième. Quel mariage peut purger le vice d'une conjonction illégitime ?

Le mariage qui peut purger le vice d'une conjonction illégitime, doit être un mariage légitime. Un mariage fait *in extremis*, ou tenu secret jusqu'à la mort, ou fait après une condamnation capitale, ne peut donc pas avoir cet effet, car ce mariage, n'ayant pas lui-même les effets civils ne peut les communiquer à la conjonction qui le précède.

Si un mariage valable mais privé seulement des effets civils ne peut pas avoir l'effet de purger le vice de la con-

jonction qui le précède, à plus forte raison un mariage absolument nul ne peut avoir cet effet.

Quid, si c'était un mariage nul, à la vérité, mais auquel là bonne foi des contractants donne les effets civils, et légitime les enfants qui en sont procréés, pourra-t-il purger le vice de la conjonction qui le précède? *Finge*: un jeune homme et une fille ont eu commerce ensemble, et de ce commerce est né un enfant, la fille se marie depuis, on répand dans le public que le mari est mort, elle a des certificats de sa mort; dans la bonne foi elle se remarie à ce jeune homme avec qui elle avait eu commerce, le premier mari revient, ce mariage purgera-t-il le vice du commerce que ces personnes ont eu auparavant, et l'enfant né auparavant deviendra-t-il par là légitimé? Non; *nec obstat* que les enfants nés de ce mariage, quoique nul, sont légitimés à cause de la bonne foi des contractants; cette bonne foi peut bien légitimer les enfants nés de cette conjonction, qui a été faite de bonne foi; mais l'enfant né d'une conjonction précédente, qui n'a pas été faite de bonne foi, ne peut devenir légitime qu'en vertu d'un vrai et valable mariage, qui seul peut purger le vice de cette conjonction; c'est ce qui a été jugé dans l'affaire de Maillard.

---

* *Fenet-Pothier sur art.* 331, *C. N.* } (Cont. de mariage, no. 408, 2e al.; no. 411, 1er al.; no. 412 et no. 415.-Des Pers., 1ère part., tit. 4, 2e et 8e al.—Successions, ch. 1er, sec. 2, art. 3, § 5, quest. 1ère. 2e et 3e al.) Ils peuvent l'être, quoique dans l'intervalle de leur naissance au mariage que leurs père et mère contractent ensemble, l'un ou l'autre ou tous les deux aient été engagés dans les liens d'une autre union, dont la dissolution est arrivée, si tous deux étaient libres au moment de la conception (Cont. de mar., no. 410 3e. al.; no. 414, 1er. al. et no. 421); et Pothier semble adopter le sentiment que les enfants n'ont pas le droit de renoncer ni

de s'opposer à cette légitimation, qui a lieu par la seule force du mariage, dès l'instant qu'ils ont été reconnus avant, ou même depuis, de quelque manière que ce soit. (Id., no. 422 et no. 423).

Lorsqu'il s'agissait d'enfants nés d'un commerce incestueux, si le mariage s'ensuivait, la dispense avait un effet rétroactif et les légitimait, (Cont. de mar., no. 414, 4e al.—Success., ch. 1er, sec. 2, art. 3, § 5, quest. 1ère. 3e al.) M. Merlin, vo. *légitimation*, pense qu'elle n'a plus cet effet sous l'empire de l'art. 331, et M. Toullier, tôm. 2, no. 933, semble d'un avis contraire.

Mais les adultérins ne peuvent jamais l'être, même lorsqu'ils sont nés depuis la dissolution du mariage dans lequel l'un ou l'autre de leurs père et mère était engagé au moment de la conception (Succ., ch. 1er, sec. 2, art. 3, § 5, quest. 1ère, 4e et 5e al.—Cout. de mar., no. 415 al.; no. 416 et no. 417,) à moins cependant que l'époux marié n'ait eu un juste sujet de croire que son premier conjoint est mort. (Succ., *id.* 7e al. voy. les art. 201 et 202).

---

* 2 *Pandectes Frs., p.* 113. } Le Droit canon admettait la légitimation, par mariage subséquent, sans exiger aucun acte préalable (*cap.* 6, *extr. qui fil. sint legit.*) et la jurisprudence française avait adopté ce principe : mais la nouvelle loi rétablit, avec raison, la nécessité de la reconnaissance antérieure. Cette règle empêchera bien des contestations, dont la décision était aussi difficile que la discussion en était scandaleuse.

Ce mode de légitimation fut introduit par Constantin le Grand. Mais sa constitution se bornait à ceux qui avaient des enfants naturels au moment où elle fut promulguée. Zénon renouvela la même constitution, en restreignant encore l'effet à ceux qui avaient actuellement des enfants naturels; en sorte que le bénéfice de cette loi ne s'étendait

point au enfants à venir. Anastase ordonna généralement que la légitimation aurait lieu par mariage subséquent, sous la condition qu'il n'existerait pas d'enfants légitimes. Enfin, Justinien admit cette espèce de légitimation, soit qu'il y eut enfants ou non d'un précédent mariage, soit que par la suite il en naquit ou non de celui qui opère la légitimation.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, p. 210. } Nous devons observer, qu'à l'égard de la légitimation par mariage subséquent, nous nous sommes beaucoup plus conformés au Droit canonique qu'au droit civil. Les empereurs n'accordaient la légitimation qu'aux enfans nés du concubinage de leurs père et mère. Or, le concubinage, suivant les lois romaines, était une union licite; une sorte de mariage. Il en résultait que les enfans nés de personnes qui n'avaient pas formé cette union, et qu'on appelait *vulgò concepti*, ne pouvaient pas profiter du bénéfice de la légitimation, quoique nés de deux personnes libres, et capables de contracter mariage ensemble. En sorte que, le concubinage n'étant point admis dans les mœurs françaises comme union reconnue, la légitimation par mariage subséquent serait impossible, si elle n'avait d'autre fondement que les lois romaines.

Le Droit canonique, plus indulgent, a admis à la légitimation les enfans, quoique nés d'une union illicite pourvu que leurs père et mère fussent libres, lors de leur conception, et qu'aucun empêchement ne s'opposât à leur mariage.

Nous avons adopté la disposition de la Décrétale sur ce sujet. Elle a formé un point de droit commun. Quelques-unes de nos Coutumes avaient même, à cet égard, des articles formels. (Troyes, art. 108, Sens, art. 92).

[ARTICLE 237.]

* 2 *Marcadé, p.* 43. } C'est aux premiers chrétiens du Bas-Empire qu'est due l'institution de la légitimation des enfans naturels. Cette légitimation, dans le droit romain, pouvait se réaliser de quatre manières : 1o. le mariage subséquent des père et mère ; 2o. l'oblation de l'enfant à la curie ; 3o. un rescrit de l'empereur, lorsque le mariage était devenu impossible par la mort de la mère ; 4o. enfin, quand le père lui-même était mort, par le testament de celui-ci, toujours avec le rescrit impérial.

Notre Code n'admet, comme moyen de légitimation, que la première de ces quatre causes, le mariage subséquent.

Gousset, sur art. 331, *p.* 120-121. } On distingue trois sortes d'enfans naturels : les adultérins, les incestueux et les enfans naturels proprement dits. Les enfans adultérins sont ceux dont le père et la mère ou l'un d'eux étaient à l'époque de la conception, engagés dans les liens du mariage avec une autre personne. Les incestueux sont ceux dont le père et la mère sont parens ou alliés au degré prohibé. Les enfans naturels proprement dits sont ceux dont les père et mère sont libres et ne sont ni parens ni alliés. Il faut remarquer que c'est l'époque de la conception qui fixe l'état de l'enfant, en sorte que si depuis la conception, mais avant la naissance, son père se mariait à une autre femme que la mère, l'enfant ne serait pas adultérin, quoique né pendant le mariage de son père. Si au contraire, le père était marié à l'époque de la conception l'enfant resterait adultérin, quoique le père fût libre au moment de la naissance.

...La légitimation par le mariage subséquent était admise chez les Romains. Le droit canonique établit pareillement que le mariage légitime les enfans que les père et mère ont eus ensemble d'un commerce illicite, à moins que les enfans ne soient incestueux ou adultérins. Si l'ordre public, les

devoirs du père et de la mère, la faveur due à l'enfant semblent demander la légitimation d'un enfant naturel, l'intérêt des mœurs, la défaveur que méritent l'adultère et l'inceste s'opposent à ce que la même légitimation ait lieu en faveur des enfans qui ne sont pas nés de parens libres.

---

* *C. N.*, 331. } Les enfans nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

---

* *C. L.*, 217. } Les enfans nés hors du mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront par leur contrat de mariage. Tout autre mode de légitimation est aboli.

---

238. La légitimation a lieu même en faveur des enfans décédés qui ont laissé des descendants légitimes, et dans ce cas elle profite à ces derniers.

238. Such legitimation takes place even in favor of the deceased children who have left legitimate issue, and in that case it benefits such issue.

---

* *Institut. lib.* 3, *tit.* 1, § 2, *De hær. quæ ab intest. def* } Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus), qui in potestate morientis fuerint ; veluti filius filiave, nepos nepotisve ex filio, pronepos pronepotisve ex nepôte, ex filio nato, prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est

etiam eos, qui ex legitimis quidem (nuptiis vel) matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur : Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt Constitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum quâ poterat habere conjugium, et ex eâ liberos sustulerit : postea vero, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, et filios vel filias habuerit : non solum eos liberos qui post dotem editi sunt, justos et in potestate patris esse, sed etiam anteriores, qui et iis qui postea nati sunt, occasionem legitim nominis præstiterunt, quod obtinere censuimus, et si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti.

---

* *Pothier, mariage,* No. 413. } Il n'est pas douteux que lorsque les enfans nés avant le mariage sont vivans lors du mariage que contractent depuis leurs père et mère, ce mariage, en les légitimant, leur fait acquérir les droits de famille dans les familles de leurs père et mère, non seulement pour eux-mêmes, mais pour tous leurs descendans, quoique nés comme eux avant ce mariage.

Il y a plus de difficulté lorsque l'enfant né avant le mariage, est mort aussi avant le mariage, et a laissé des descendans. Le mariage que contractent par la suite le père et la mère de cet enfant, donne-t-il les droits de famille aux descendans de cet enfant ? Balde et quelqu'autres anciens interprètes, cités par Fachin, *Controv. III*, 56, ont tenu la négative. La raison sur laquelle ils se fondent, est que l'enfant n'ayant jamais eu les droits de famille, puisqu'il n'était plus au monde lors du mariage de ses père et mère qui seuls pouvaient les lui faire acquérir, il n'a pu les faire passer à ses

descendans, qui ne peuvent les avoir que par son canal. Barthole et les docteurs cités par Fachin, tiennent l'opinion contraire : elle est aussi suivie par Perez, *ad tit. Cod. de natural. lib.* et elle paraît la plus plausible. La légitimation a été établie non seulement en faveur des enfans nés de l'union que les parties ont eue ensemble avant leur mariage, mais en faveur de tous ceux qui en sont descendus, lesquels ne sont pas moins dignes de cette faveur que ceux qui en sont nés, La loi, par la fiction de la légitimation, purge le vice de l'union que les parties ont eu ensemble avant le mariage ; la fait regarder comme une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté, et par conséquent les enfants qui en sont nés, et tous ceux qui en sont descendus, comme enfans de ce mariage par anticipation. En vain dit-on que le mariage n'a pu légitimer l'enfant qui n'était plus au monde : rien n'empêche qu'en faveur de ces descendans, cet enfant, même après sa mort, ne puisse par la fiction de la légitimation, être regardé comme ayant toujours été légitime, le mariage intervenu depuis sa mort ayant purgé le vice de l'union dont il était né. Dans l'espèce de la loi *si filium* 5 *ff. de grad. et aff.* lorsqu'un père, après la mort de son fils, adopte une autre personne, l'enfant mort avant l'adoption est censé avoir été le frère de l'enfant adopté, quoiqu'il ne fût plus au monde lors de l'adoption qui lui donne cette qualité. Pourquoi ne pourra-t-on pas de même supposer que l'enfant mort avant le mariage, ait eu toute sa vie le titre et les droits d'enfant légitime, quoiqu'il ne fût plus au monde lors du mariage qui, par la fiction de la légitimation, le fait supposer tel ?

---

* *Pothier*, *Successions*, *ch.* 1, *s.* 2, *art.* 3, § 5, *quest.* 4. } La légitimation qu'opère le mariage purge tellement le vice de la conjonction illégitime dont l'enfant a été procréé qu'elle donne à cet enfant même le droit de parenté légitime

qu'il aurait s'il fut né du mariage même ; il est réputé en être né par anticipation ; ce droit de parenté légitime lui communique la noblesse de son père, lui donne le droit de succéder à son père et à sa mère, et à tous ses parens, tant paternels que maternels, et de leur transmettre sa succession ; enfin, généralement tous les droits attachés à la parenté légitime.

L'effet qu'à le mariage de purger le vice de la conjonction llégitime que l'homme a eue auparavant avec sa femme, ne se borne pas seulement aux enfans qui en ont été procréés ; il s'étend à leur postérité légitime ; c'est pourquoi, si j'ai eu d'une fille un bâtard qui ait laissé à sa mort des enfans légitimes, et qu'en suite j'épouse cette fille, le mariage que je contracte avec elle, en purgeant le vice de la conjonction dont mon bâtard a été procréé, donnera aux enfans qu'il a laissés le droit de parenté légitime avec moi, qu'ils n'auraient point eu sans cela.

---

* *Voy.* 2 *Pandectes Frs.*, citées sous l'art. précédent.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 223, 224 *sur art.* 332. } Ce fut autrefois une question, de savoir si le mariage subséquent pouvait donner le droit de famille aux descendants des enfants naturels prédécédés. Balde, et quelques anciens docteurs cités par Fachin, ont soutenu la négative. Leur raison était que l'enfant prédécédé n'ayant jamais eu les droits de famille, puisqu'il était mort avant le mariage qui pouvait les lui conférer, n'avait pas pu les transmettre.

Bartole et Fachin tiennent l'affirmative, et la jurisprudence était conforme à leur opinion.

Le Code civil consacre cette jurisprudence, et lui imprime le caractère et l'autorité de la loi.

C'est avec grande raison. La légitimation par mariage subséquent a été, en effet, établie non seulement en faveur

des enfants nés de l'union que les parties ont eue ensemble, avant leur mariage, mais encore en faveur de tous ceux qui en sont descendus, et qui ne sont pas moins dignes de cette grâce que leurs auteurs. La loi, par la fiction qui sert de fondement à la légitimation, purge le vice de l'habitude que les parties ont eue ensemble, et la fait regarder comme une espèce d'anticipation du mariage ; et comme la loi donne au mariage subséquent un effet rétroactif jusqu'au jour de la conception du premier enfant, il importe peu que ces enfants soient, ou non, morts depuis, puisqu'au moyen de la fiction de la loi, la légitimation remontant jusqu'à leur naissance, ils se trouvent morts légitimes.

Cette fiction est même tellement favorable, que, quoiqu'il se trouve entre la naissance des enfans, et le mariage des père et mère un autre mariage contracté par l'un d'eux, avec une autre personne, lequel paraisse s'opposer à ce que l'effet du dernier puisse rétrograder jusqu'au temps de la conception de ces enfans, elle a néanmoins lieu dans ce cas. Ainsi, quoique l'une des deux personnes qui ont eu ensemble un commerce charnel se marie, depuis à une autre ; si, après la dissolution de ce mariage, elle épouse celle avec qui elle a eu précédemment ce commerce les enfans qui en sont issus sont légitimés.

On suppose toujours que les parties n'ont vécu ensemble qu'en vue du mariage qu'elles étaient dans l'intention de contracter ensemble ; qu'à la vérité l'exécution de ce projet a été suspendue par la légèreté de l'une d'elles, ou par d'autres causes ; mais dès qu'il est accompli, la loi lui attribue tout son effet.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 931. } La légitimation peut s'étendre même aux enfans décédés qui ont laissé des descendans, et dans ce cas, elle profite à ces descendans.

---

* *C. L.*, 218 *et C. N.*, 332. } La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfans décédés qui ont laissé des descendans.

---

239. Les enfans légitimés par le mariage subséquent ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

239. Children legitimated by a subsequent marriage have the same rights as if they were born of such marriage.

---

* *Pothier, mariage,* *No.* 421. } Personne ne doute que le mariage a la force de légitimer les enfans nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant ensemble, quoique l'une d'elles, depuis ce commerce, en ait contracté un avec une autre personne, après la dissolution duquel elles se sont mariées ensemble. Il y a néanmoins une raison de douter, qui est, qu'en ce cas on ne peut pas, pour la fiction de la légitimation, rétrograder leur mariage au temps du commerce qu'elles ont eu ensemble, y ayant un mariage contracté par l'une des parties avec une autre personne dans le temps intermédiaire depuis ce commerce qui fait obstacle à cette rétrogradation. La réponse est, que la fiction de cette rétrogradation n'est pas absolument nécessaire pour la légitimation : il suffit qu'on puisse favorablement supposer, que lors du commerce que les parties ont eu ensemble, elles ont eu ce commerce en vue du mariage qu'elles se proposaient alors de contracter ; que l'une des parties a depuis changé de dessein en se mariant à une autre personne ; mais qu'après la dissolution de ce mariage, elles ont enfin exécuté leur premier dessein. Le mariage intervenu avec une autre personne pendant le temps intermédiaire n'empêche point qu'on ne puisse supposer tout cela ; et tout cela étant supposé, ce commerce d'où les enfans sont nés étant supposé intervenu

en vue du mariage que les parties se proposaient alors de contracter ensemble, et qu'elles ont effectivement contracté par la suite, on peut considérer ce commerce comme ayant été en quelque façon une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont contracté par la suite, et les enfans comme étant par anticipation enfans de ce mariage, et légitimés par ce mariage.

---

* *V. Pothier*, *Successions*, cité sous l'article 238.

---

* *Lebrun*, *Successions Liv.* 1, *ch.*, 2, *sec.* 1, *Dist.* 1, *No.* 16 *et suiv.* } A l'égard de ces sortes de légitimations, je dirai en général que notre droit les a tellement favorisées, qu'il a égalé en toutes choses les enfants légitimés de cette manière, à ceux qui sont nés légitimes, ce qui peut se justifier par plusieurs preuves.

La première, que l'on a jugée par arrêt du 10 mai 1583, rapporté par du Luc au titre *de fidei. hæred. arr.* 1, que les enfants légitimés font cesser la condition *si sine liberis decesserit*, apposée dans un fidéicommis.

De même, ils sont compris dans la substitution réciproque des enfants, faite en termes généraux, suivant l'arrêt de la prononciation de la Pentecôte de l'an 1558, rendu pour la succession de la maison de Foix, contre le comte de Carmain et rapporté par Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2, tit. 4, no. 18 ; comme aussi ils sont réputés appelés par toutes sortes de dispositions faites au profit des enfants légitimes, selon Graff. § *successio ab int. qu.* 19, no. 6.

La seconde, que l'on a jugé que dans les coutumes qui désirent une égalité absolue entre les enfants, un enfant ainsi légitimé, à qui son père avait fait sa part, pouvait demander un partage égal, et c'est la décision d'un arrêt du 30 mai 1647, rapporté dans le Journ. des Aud., liv. 5, ch. 18.

[ARTICLE 239.]

* 2 *Toullier, No.* 929. } Les effets de la légitimation par mariage subséquent sont que les enfants légitimés ont les mêmes droits que s'ils étaient *nés de ce mariage.*

Il faut seulement observer que l'effet de la légitimation n'est point rétroactif (on en doutait autrefois Voy. Lebrun, des succes. liv. 1, ch. 2, sec. 1, dist. 1, no. 23 ; Duparc-Poullain, *principes de droit*, tôm. 1. p. 143 ; Dumoulin, sur l'anc. Cout. de Paris, art. 8, Ed. de 1576, fol. 190), et qu'elle ne remonte pas à la naissance de l'enfant. La légitimation n'opère son effet que du moment où existe le mariage qui l'a produite. Tout ce qui s'est passé dans la famille du père ou de la mère avant leur mariage est étranger aux enfants légitimés par ce mariage. C'est ce que la loi exprime d'une manière énergique, en disant que les enfants légitimés par mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient *nés dc de mariage.*

---

* 2 *Marcadé, p.* 48, *sur art.* 333. } Nous avons suffisamment expliqué, sous l'art. 331, que la légitimation est une fiction par laquelle la conception d'un enfant naturel, et aussi sa naissance, quand il est né avant le mariage, sont censés n'avoir lieu qu'au moment qui suit la célébration de ce mariage ; en sorte que cette légitimation n'a aucun effet rétroactif. Il suit de là que, dans l'intervalle de sa conception réelle à cette célébration, l'enfant, même dans le cas privilègié de l'art 314, a toujours été bâtard et n'a pu, dès lors, recueillir les successions ouvertes dans cet intervalle. Il s'en suit encore que si le père d'un enfant naturel légalement reconnu contracte, avec une autre femme que la mère, un mariage dont il naît un enfant, et que, devenu veuf, il épouse la mère de cet enfant, celui-ci quoique beaucoup plus agé que l'enfant du premier mariage, ne sera cependant que le puîné légalement.

[ARTICLE 239.]

* 4 *Pandectes Frs., p.* 225 *et suiv. sur art.* 333. } Cette disposition est puisée dans la décrétale dont nous avons déjà rapporté les termes : *Tanta est vis matrimonium, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.* Cet article en est presque la traduction littérale.

En effet, la légitimation, par mariage subséquent, rend les enfants nés antérieurement aussi parfaitement légitimes que ceux nés de ce mariage même. Elle ne met entre eux aucune différence. Elle leur attribue, à tous, les mêmes droits. (Pothier No. 424.)

Cela est tellement vrai que si, par les conventions du mariage, ou par des dispositions postérieures de la part des père et mère, il était fait quelqu'avantage à l'aîné des enfants, ce serait par le plus âgé, quoique né avant le mariage, qu'il serait recueilli.

Que faudrait-il décider, dans le même cas, s'il y avait eu un mariage intermédiaire, dont il resterait des enfants ; c'est-à-dire, si l'une des parties, par exemple, le père, avait contracté un premier mariage avec une autre femme, dont il aurait eu des enfants ; et, qu'après sa mort, il eût épousé celle avec laquelle il aurait eu auparavant un commerce charnel, d'où seraient nés des enfants légitimés par le second mariage ?

Il n'y aurait nulle difficulté, s'il s'agissait, comme autrefois, d'un droit attribué par la loi à la qualité d'aîné. Il serait certain que les enfants légitimés par le second mariage ne pourraient point avoir le droit d'aînesse sur les enfants du pemier lit.

La raison est, comme le remarque Dumoulin (sur Paris, § 13, Glos. 1, nos. 34 et 35), avec sa sagacité ordinaire, que, quoique les enfants légitimés soient venus au monde avant ceux du premier mariage, ils ne sont néanmoins nés à la famille de leur père, qu'après eux. D'ailleurs, l'effet de la légitimation opérée par le second mariage, étant de les faire regarder comme enfants de ce mariage il impliquerait que

les enfants du second mariage fussent les aînés de ceux du premier.

Mais ces raisons ne s'appliquent pas avec la même force aux avantages qui résultent de conventions ou de testaments.

Si l'avantage dont il s'agit est fait par l'acte contenant les conventions civiles de l'un ou de l'autre mariage, il n'y a point encore de difficulté. Il appartient à l'aîné des enfants issus du mariage, dont le contrat contient les conventions, et par conséquent, à l'aîné des enfants légitimés, s'il est porté au contrat du second mariage.

Si cet avantage, fait à l'aîné, est écrit dans le testament de la mère, nous ne voyons encore aucun doute à décider qu'il appartient à l'aîné des enfants légitimes, car la mère n'a pu avoir en vue que ses propres enfants ; et l'aîné est le plus âgé d'entre eux.

Toute la difficulté se réduit donc au cas où c'est le père qui, par son testament, a fait un avantage à l'aîné de ses enfants.

Alors nous estimons que cet avantage doit appartenir à l'aîné des enfants du premier mariage ; car, en se servant de ce terme, le père nous parait l'avoir manifestement considéré dans l'ordre légal. S'il eût fait attention à l'ordre naturel, il n'eût point employé le terme *aîné.* Il aurait donné au *premier né* ; ou il aurait nommé celui qu'il voulait gratifier.

Dans cette hypothèse tous les enfants appartiennent, à la vérité, au père, mais il y a deux aînés. L'un dans l'ordre légal, qui est le premier né du premier mariage. C'est l'aîné légitime. L'autre, dans l'ordre naturel, qui est le premier né des légitimés ; mais qui n'est pas l'aîné, ou le premier des légitimes. Donc, en disposant en faveur de l'aîné de ses enfants, il nous semble désigner celui qui est en effet l'aîné suivant le droit civil.

Rogron sur art. 333, C. N. } *Que s'ils étaient nés de ce mariage.* Ainsi l'enfant légitimé ne serait pas l'aîné d'un enfant légitime né d'un mariage intermédiaire. Exemple : Paul a un enfant naturel de Julie ; depuis, il épouse Sophie, dont il a un enfant légitime. Sophie meurt. Il se remarie avec Julie ; l'enfant qu'il en a eu est légitimé, mais il n'est pas l'aîné de l'enfant né de Sophie, car il est censé né du mariage seulement de Paul et de Julie. Ceci serait important pour les majorats. Remarquez aussi que quoique censé né du mariage il ne révoque pas, comme s'il en était né réellement, les donations faites entre sa naissance et le mariage, mais seulement celles qui ont été faites avant sa naissance, (art. 960.)

* *C. L.*, 219 *et C. N.*, 333. } Les enfans légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

---

240. La reconnaissance volontaire ou forcée, par le père ou par la mère de leur enfant naturel donne à ce dernier le droit de réclamer des aliments contre chacun d'eux, suivant les circonstances.	240. The forced or voluntary acknowledgment by the father or mother of their illegitimate child gives the latter the right to demand maintenance from each of them, according to circumstances.

---

* *Lacombe, Vo. Bâtard, sec.* 3, *No.* 6. } Aliments sont dûs au bâtard même adultérin et incestueux, jusqu'à ce qu'il soit en état de gagner sa vie ; il ne suffit pas de lui avoir fait apprendre un métier, il faut le faire passer maître, Louet A. 4, et D. 1, arrêt 18 juin 1707. Aug. tôm. 1, arrêt 84. Ce même arrêt juge qu'il peut porter le nom du père quand il n'est pas de grande maison.

[ARTICLE 240.]

* 1 *Guyot, Répert., Vo. Alimens, p.* 318-319. } Le père naturel ou ses héritiers, et subsidiairement la mère du bâtard, lui doivent des alimens, jusqu'à ce qu'il soit en état de gagner sa vie.

Le parlement d'Aix a même jugé en 1627 et en 1632 que l'aïeul paternel devait des alimens au bâtard de son fils, mais le parlement de Paris a jugé le contraire en 1603, sous prétexte qu'en obligeant l'aïeul à fournir des alimens en pareil cas, ce serait autoriser la débauche. La jurisprudence du parlement d'Aix me paraît mieux fondée, parce que l'aïeul qui refuse des alimens à un bâtard offense la loi naturelle.

Les alimens d'un bâtard lui sont seulement dûs depuis le jour de l'accouchement de la mère, et non depuis le jour que le père est condamné à se charger de l'enfant. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 4 octobre 1724.

Si une fille a eu commerce avec plusieurs hommes, ils doivent tous contribuer solidairement aux alimens de l'enfant, attendu qu'on ignore lequel d'entre eux en est le père. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 25 février 1661.

Dans toutes les causes d'état indécises, le père est obligé de fournir des alimens à celui qui se dit son fils, et qui est en possession de la filiation. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 21 août 1626.

---

* 2 *Boileux, p.* 122. } Notre ancienne jurisprudence admettait cette maxime dangereuse, encore en vigueur dans quelques pays étrangers : *Creditur virgini prægnanti.* Mais, d'un autre coté, les enfans illégitimes étaient traités avec une extrême rigueur : la reconnaissance, qu'elle fût volontaire ou forcée, avait pour seuls effets, dans la plupart des coutumes, de conférer à l'enfant le nom de sa mère ou celui de son père, s'il avait été reconnu par ce dernier, et de lui donner

droit à des alimens. Les auteurs ne pouvaient faire à son profit de dispositions à titre gratuit que dans certaines limites ; et lors même qu'il n'avait rien reçu, il était exclu de leur succession.

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 228-229. *sur article* 334 *C. N.* } Cet article introduit une espèce de légitimation, assez semblable, quant à la forme, à celle qui, suivant les dernières Constitutions de Justinien, s'opérait, lorsque le père avait, dans quelqu'acte, donné à son enfant naturel, le titre de son fils. C'était là, en effet, une reconnaissance.

Cette reconnaissance du père romain, opérait une légitimation parfaite, pleine et entière. L'espèce de légitimation qui en résulte, n'est guère plus étendue que celle qui se faisait autrefois par lettres du prince. Comme celle-ci, elle donne à l'enfant le droit de porter le nom de celui par qui il a été reconnu ; mais comme elle aussi elle ne lui donne aucun droit de succéder, ni à son père, ni à sa mère, ni à leur parens.

Le droit de l'enfant naturel reconnu se borne à des alimens.

---

* *Fournel, Séduction, p.* 193 *et suiv.* } La charge de l'enfant comprend la nourriture, le logement, l'habillement, et généralement tout ce qui appartient à l'entretien de la vie et la conservation de la santé ; il faut encore y joindre les soins et les dépenses d'une éducation convenable.

En effet, l'obligation des parents envers leurs enfants naturels ne se réduit pas au simple nécessaire, *ad victum et vestitum* ; mais elle s'étend à proportion des facultés et de la condition. C'est ce qui est enseigné par tous les docteurs, et singulièrement par Dumoulin, sur le 77e conseil d'Alexandre : *Et est communis opinio, et ità observatur in Regno, non tamen ità modici, ut refringantur ad casum et limitates necessitatis sed congrui, boni viri arbitrio, inspecta qualitate domùs et patrimonii.*

Quelquefois même on ordonne que le père sera tenu de donner un état de sa fortune, pour mettre les juges à portée de fixer la pension de l'enfant.

La charge de l'enfant comprend encore l'obligation de lui assurer une subsistance, soit en lui constituant une pension alimentaire, soit en lui procurant un état qui soit capable de le faire vivre honnêtement dans la société.

Ce n'est pas que le père soit tenu de donner à l'enfant naturel une profession relevée; mais il faut aussi que le choix de la profession n'annonce de sa part ni avarice ni mauvaise humeur. Ce choix doit être combiné, d'une part, avec les facultés du père ; et de l'autre, avec le goût, la capacité et le sexe de l'enfant.

Id., *p.* 213. } Tout ce qui vient d'être dit sur les obligations du père ou de ses héritiers s'étend à la mère et à ses héritiers, lorsque par l'événement, la charge de l'enfant retombe sur eux.

Ferrière, *Dict. de droit*, *Vo. Bastard*, *p.* 211. } Aliments sont dûs aux enfants naturels par leur père, s'ils n'ont un établissement certain. Ainsi les bâtards, jusqu'à ce qu'ils ayent appris un métier, et qu'ils ayent été reçus maîtres, peuvent demander des aliments à leur père, durant sa vie, et à ses héritiers après sa mort, s'il n'y a pas pourvu lui-même.

La raison est, que l'obligation de fournir des alimens à ses enfants est de droit naturel.

---

241. La recherche judiciaire de la paternité et de la maternité est permise à l'enfant naturel, et la preuve s'en fait tant par	241. An illegitimate child has a right to establish judicially his claim of paternity or maternity, and the proof thereof is

écrits que par témoins, sous les circonstances et restrictions portées aux articles 232, 233 et 234 relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes.

made by writings or testimony, under the conditions and restrictions set forth in articles 232, 233 and 234.

---

* *Fournel, Séduction, p.* 54, 55. } Il est libre à la fille séduite de garder le silence et de ne poursuivre l'auteur de sa grossesse, ni pour les dommages et intérêts, ni pour la charge de l'enfant.

Mais, d'un autre côté, l'enfant issu de ce commerce peut avoir intérêt d'établir sa filiation, et de se constituer civilement un père, auquel il puisse avoir recours en cas de besoin. On demande donc si, au défaut de la réclamation de la mère, un pareil enfant est recevable à poursuivre, contre l'auteur de ses jours, la déclaration juridique de sa paternité ?

Il n'en faut pas douter : la mère ne peut, par son silence, préjudicier aux droits naturels de l'enfant : il lui est libre de remettre l'action en dommages et intérêts qui la concernent personnellement ; mais il réside sur la tête de l'enfant une action distincte de celle de sa mère, et qui ne lui est point subordonnée.

Id., p. 130 *et suiv.* } La preuve d'un commerce illicite est de trois espèces : 1° la preuve littérale ; 2° la preuve conjecturale ; 3° la preuve naturelle.

§ I. *Preuve littérale.* C'est celle qui résulte des lettres, billets et autres écrits émanés de l'accusé ; soit que ces écrits contiennent la mention ou l'aveu de la cohabitation charnelle, comme si l'accusé avait fait baptiser l'enfant sous son nom, et qu'il eût signé l'extrait baptistaire ; soit seulement qu'ils soient rédigés avec un style de familiarité qui la fasse raisonnablement présumer......

[ARTICLE 241.]

§ II. *Preuve conjecturale.* Il y aurait de l'injustice à exiger d'une fille enceinte, qu'elle apportât des témoignages *de visu* du commerce illicite qu'elle impute à son adversaire ; il suffit qu'elle soit en état d'offrir des témoins de certaines familiarités qui soient de telle nature qu'elles entraînent avec elles la présomption naturelle d'une intime habitude.

On conçoit qu'en pareil cas les circonstances sont d'une plus grande considération, et que la qualité des parties, leur éducation, leurs rapports mutuels, influent beaucoup sur l'appréciation qu'on doit faire de leurs familiarités......

[*P.* 138. § 3.] *De la preuve naturelle.* J'appelle preuve naturelle, celle qui n'est pas le résultat du témoignage des hommes, mais l'ouvrage de la nature, qui semble déceler le secret de la paternité par la conformité des individus.

Il n'est point ici question d'une simple ressemblance de physionomie, mais d'une ressemblance qui frappe sur une particularité affectée au père, et quelquefois héréditaire dans sa famille.

Par exemple, si dans la famille de l'accusé tous les enfants viennent au monde avec six doigts, et que l'enfant soit né avec cette difformité ; si l'accusé est nègre, et que l'enfant soit né mulâtre ; si l'accusé est sourd et muet, et que l'enfant soit affligé de la même infirmité.

Zachias, médecin estimé et bon jurisconsulte, place la ressemblance des enfants au nombre des présomptions puissantes de leur filiation : "*Multùm ergo urgere similitudinis præsumptionem ex his jam palàm factum esse credo.*" Et je loue, continue-t-il, les jurisconsultes qui ont adopté la présomption tirée de la ressemblance des enfants avec leur père : "*Et prudenter alios Legum Peritos statuisse existimo in eo casu ; præsumunt enim filium esse illius cujus est similis.*"

Le même auteur range au nombre des présomptions naturelles, celle qui résulterait d'une maladie particulière dont l'enfant et l'accusé seraient tous deux attaqués, comme

l'épilepsie, la ladrerie, et autres maladies connues pour être héréditaires: *Cæterùm, ex morborum similitudine evidenter quoque probari potest similitudo. Sunt aliqui morbi qui hæreditarii eo nomine vocantur, quod à parentibus in filios emigrent.*

Si donc, ajoute notre auteur, l'enfant apporte au monde cette conformité avec l'accusé, ce sera une présomption complète de la paternité.

Ce ne sont pas seulement les médecins qui nous enseignent cette relation intime entre le père et l'enfant; cette doctrine remonte aux temps les plus reculés, ainsi qu'on peut le voir dans le traité de Tiraqueau, *De leg. comm. part.* 7. Elle est même encore parmi nous autorisée par des lois positives. Si, dans plusieurs occasions, les enfans des pères coupables sont compris dans la proscription, c'est parce que la loi présume qu'ils lui ressemblent, par cette liaison intime qui subsiste entre ces deux constitutions: *In filios, paterni exempli, crimina metuuntur.*

Pourquoi les bâtards ne sont-ils pas admis à la prêtrise, si ce n'est parce que la source impure dont ils tiennent le jour, fait craindre à l'Eglise de rencontrer chez eux le même vice?

Or, si l'on donne à la paternité une pareille influence sur le moral des enfants, à plus forte raison faut-il admettre cette influence sur la constitution physique, qui dérive encore plus immédiatement de la constitution paternelle. (d'Aguesseau, 12e plaidoyer.)

Mais, dira-t-on, est-il impossible qu'un enfant naisse avec six doigts, sans qu'il soit pour cela des œuvres d'un homme qui porte la même singularité; et faudra-t-il que cette malheureuse ressemblance lui procure la charge de tous les enfants qui naîtront sexdigitaires?

Cette objection n'est d'aucune considération. Il ne s'agit point d'attribuer la paternité à quelqu'un auquel elle serait étrangère, uniquement par la conformité qui se rencontrerait entre lui et l'enfant: cela ne peut avoir lieu que quand

d'autres circonstances viennent au secours de l'imputation. Par exemple, une fille enceinte déclare que sa grossesse est des œuvres de Titius, lequel est marqué au front d'une loupe, marque héréditaire dans sa famille; quelques mois après, l'enfant vient au monde apportant une loupe au front, semblable à celle de Titius et de ses parents. Peut-on disconvenir que cette singularité distinctive affectée aux Titius, et jointe à la déclaration de la mère, ne soit une preuve de la paternité ?

La mère pouvait-elle prévoir que son enfant viendrait au monde avec une loupe ? Et cette conformité entre sa déclaration et la constitution de l'enfant, n'offre-t-elle point un argument sans réplique ?

Dirait-on que cette conformité peut être l'effet du hasard ? Tout au plus cette raison serait admissible, si la fille n'avait fait son imputation qu'après son accouchement, parce qu'alors on pourrait croire qu'elle ne s'est déterminée que sur l'événement, et qu'elle a profité de l'occasion de la ressemblance pour indiquer l'auteur de la paternité.

Mais comment admettre une double rencontre aussi prodigieuse ? Une fille de mauvaise foi imagine de mettre sa grossesse sur le compte d'un particulier qui en est innocent, et voilà que la nature, complice de son infidélité, marque l'enfant du sceau de la paternité, étrange intelligence de la nature et de la fille, qui se sont entendues mutuellement, l'une pour accuser un innocent, et l'autre pour le convaincre !

C'est un principe dicté par le bon sens et la saine philosophie, qu'il ne faut recourir au merveilleux qu'après avoir épuisé toutes les possibilités naturelles.

Or, il est bien plus simple de croire qu'un particulier soit père d'un enfant, qu'il ne l'est de croire à la réunion bizarre des circonstances dont il vient d'être parlé.

Au surplus, il ne faut pas perdre de vue, que cette présomption naturelle ne pourrait faiire dfficulté que dans des

cas où, s'agissant de la vie ou de l'honneur de l'accusé, on aurait besoin de preuves claires comme le jour. Mais dans une espèce où les présomptions, les conjectures, les soupçons, sont admis comme des preuves, on sent qu'il serait bien absurde de ne pas donner la même valeur aux signes naturels. Si on ne veut point les recevoir comme une démonstration physique, au moins faut-il leur donner place parmi les présomptions morales ; et le témoignage de la nature vaut bien celui de gens qui peuvent être corrompus par l'intérêt ou animés par la vengeance.

---

* *Merlin, Rép.*, *Vo. filiation, No.* 2. } Quant aux enfans naturels, l'ancienne jurisprudence les admettait à faire preuve de leur filiation, non seulement par des faits directs, mais même par de simples présomptions ; et dès qu'ils prouvaient que leurs pères prétendus avaient eu des fréquentations fréquentes et habituelles avec leurs mères, il n'en fallait pas davantage pour faire condamner leurs pères prétendus à leur fournir des alimens.

Cette jurisprudence a été implicitement abrogée par la loi du 12 brumaire an 2.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 937. } La reconnaissance des enfans naturels peut être volontaire ou forcée.

Elle est forcée, lorsque l'enfant est obligé de recourir à la justice pour contraindre son père ou sa mère à le reconnaître......

Dans l'ancien droit, une fille était libre de diriger une action en déclaration de paternité contre celui qu'elle croyait ou qu'elle disait être l'auteur de sa grossesse, ou le père de son enfant. Il suffisait, pour réussir, de donner des preuves de fréquentation et de familiarité entre elle et celui qu'elle accusait. L'homme dont la conduite était la plus pure n'était

point à l'abri des attaques d'une femme imprudente, ou d'enfans qui lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces affligeantes......

---

* 1 *Gin. Droit Français,* (*Ed.* 1804), *p.* 196 *et suiv.* } S'il y a contradiction entre l'acte de naissance et la possession d'état, qui l'emportera ?

La possession sans doute, par tous les titres de prééminence qui viennent d'être exposés. Mais cette possession résulte de faits qui ne peuvent être légalement constatés que par la preuve testimoniale, toujours vacillante, toujours incertaine. La perfection de la loi nous ramènerait-elle à ces temps de barbarie qui faisaient dépendre l'état des hommes et l'ordre entier de la société, de la disposition de témoins trop souvent ou égarés ou séduits ? Non sans doute. La preuve testimoniale de la possession d'état sera donc admise contre les faits énoncés dans l'acte de naissance, mais seulement quand elle sera appuyée sur un *commencement de preuve par écrit.*

C'était, dans notre ancien droit, la disposition formelle des arts. 2 et 3 du tit. XX de l'Ordonn. de 1667 : "...Ne sera reçu (porte l'art. 2) aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes..." " N'entendons exclure les preuves par témoins... où l'on ne pourrait avoir fait des actes ; et aussi *lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit.*" (*Ibid.* art. 3.)

Cette expression *contre et outre le contenu aux actes* serait équivoque, si l'on appliquait l'exception à toute la généralité de l'article ; car le *commencement de preuve par écrit* le plus formel ne suffit pas pour faire admettre la preuve testimoniale de faits contraires à ceux attestés par l'officier public : cette attestation authentique ne peut être anéantie que par l'inscription de faux, en accusant l'officier public d'avoir prévariqué dans son ministère, et s'exposant, en cas de défaite, à

toute la rigueur des peines prononcées contre les calomniateurs. C'est le motif qui nous a engagé à nous servir d'une expression plus restreinte, contre les faits énoncés dans l'acte de naissance. Nous avons vu que ce sont ceux qui concernent spécialement la paternité, et quelquefois la maternité.

A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de *père et mère inconnus*, la preuve de la filiation pourra se faire par témoins.

Néanmoins cette preuve ne peut être admise que *lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit*, ou lorsque les présomptions ou indices résultans de faits dès lors constans sont assez graves pour déterminer l'admission. (C. C. ibid., art. 317.)

Ces faits constans ne peuvent être que des aveux faits par les défenseurs des parties, ou par les parties elles-mêmes, soit à l'audience, soit dans les interrogatoires sur faits et articles que le demandeur a fait subir à ses adversaires; car bien que le nouveau code n'ait point fait mention jusqu'ici de cette procédure admise par nos anciennes Ordonnances, par celle de 1667 en particulier; il pourra en réformer les abus, mais il n'est pas vraisemblable qu'il l'abroge; elle a pour base cette règle d'équité naturelle posée par les lois romaines : " Il est d'une turpitude manifeste de ne vouloir ni affirmer, ni passer condamnation." *Manifestæ turpitudinis est nec jurare velle nec solvere.*

Hors de ces aveux spontanés obtenus de la force de la vérité, les commencemens de preuve par écrit en matière d'état ne peuvent résulter que *des registres et papiers domestiques du père ou de la mère*, *des actes publics ou même privés*, *d'une partie engagée dans la contestation*, *ou qui y aurait intérêt*, *si elle était vivante ;* d'autant moins suspects, qu'on ne peut les supposer fabriqués pour la cause. La loi n'a donc pu se refuser de les admettre, sinon comme preuves concluantes, au moins comme des *commencemens de preuve par écrit.* (*Ibid.*, art. 318.)

[ARTICLE 241.]

La preuve contraire (car la balance de la justice devant être maintenue dans un parfait équilibre, jamais la preuve testimoniale de faits articulés n'est admise, que les jugemens n'ajoutent, *sauf la preuve contraire*) pourra se faire par tous les moyens propres à établir, que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir ; ou même, *la maternité prouvée*, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère. (*Ibid.*, art. 319.)

" La loi (ajoute l'orateur du *gouvernement*) ne regarde pas comme preuve de paternité contre un mari la preuve de maternité qui aurait été faite contre sa femme. En effet, la preuve de maternité s'établissant sur le fait de l'accouchement d'un enfant, le même que celui qui réclame, il n'en résulte aucune possession d'état, aucune reconnaissance du père, aucun titre." *Disc. du conseiller Bigot de Préamaneu.* Voy. sur cette matière, le titre du digeste *de probationibus et præsumptionibus* et le savant commentaire de Dumoulin sur le § VIII de l'ancienne Coutume de Paris.

Voy. les autorités citées sous les arts. 228 à 236.

---

* *C. N.*, 340. } La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant.

* *Id.*, 341. } La recherche de la maternité est admise.— L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.

TITRE HUITIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES. } Le titre VIII du Code Napoléon est celui " de l'adoption et de la tutelle officieuse ; " ni l'une ni l'autre de ces institutions ne fait partie de notre droit ; toutes deux étaient inconnues en France, avant le code, dans les pays de droit écrit comme dans ceux de coutume.

L'adoption du droit romain diffère essentiellement de celle introduite par le code, laquelle est une création toute nouvelle. C'est la convention qui, en 1793, en décréta le principe, lequel a servi de base au titre du Code sur le sujet.

Quant à la tutelle officieuse qui est une espèce de contrat " par lequel on s'oblige de nourrir et élever gratuitement un enfant mineur et de le mettre en état de gagner sa vie, " elle est aussi de création nouvelle ; elle n'existait ni en France avant le code, ni chez les Romains ; elle est un auxiliaire à l'adoption et a été inventée pour la faciliter.

Ce n'est qu'après de longues et chaudes discussions dans le conseil d'état que ce titre 8 fut admis. Les Commissaires n'ont pas hésité à l'omettre.

Le titre " de la puissance paternelle, " au Code Napoléon, contient des dispositions tout à fait différentes de celles du droit romain, et étrangères à l'ancienne jurisprudence française, surtout dans les pays de droit coutumier, où il a même été prétendu que la puissance paternelle n'avait jamais existé, si bien que Loisel (liv. 1, tit. 1, art. 37) en a fait une règle de droit français : " *droit de puissance paternelle n'a lieu.* "

Cependant il est constant que dans les pays de coutume, en France, il y avait autrefois une espèce de puissance paternelle, quoique différente de celle des Romains et de celle du Code.

Les articles qui suivent tracent les règles de cette puissance, telle qu'admise et pratiquée dans le ressort du parlement de Paris; elle a une grande analogie avec celle adoptée par le Code de la Louisiane (art. 233 et suiv.)

L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à son père et à sa mère (242) ; il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; elle est exercée, pendant le mariage, par le mari seul (243); sans le consentement duquel l'enfant ne peut quitter la maison paternelle tant qu'il est mineur et non émancipé (244).

Tant que cet état dure, le père, ou la mère à son défaut, a sur lui un droit de correction modérée qui peut se déléguer à ceux chargés de son éducation (245).

Cet article est nouveau et ne se trouve pas au Code ; cependant il est conforme au droit romain aussi bien qu'à l'ancien droit français. Le code de la Louisiane (art. 236) contient une disposition semblable. Au lieu de ce droit de crrection modérée, le Code Napoléon (art. 376 à 381) accorde au père et à la mère, sous certaines circonstances et avec certaines formalités, plus ou moins solennelles, suivant l'âge de l'enfant et la position des parents, le droit de le faire arrêter et détenir, sans être même tenus, dans certain cas, d'en donner les raisons. Ces mesures de rigueur qui n'étaient pas tout-à-fait étrangères à l'ancienne jurisprudence, faisant plutôt partie du droit public et criminel que du droit privé, ont été supprimées par les Commissaires qui regardent comme suffisant, pour les cas ordinaires, le droit de correction accordé par l'art. 4, laissant aux lois criminelles et de police le soin de pourvoir à ceux d'un caractère grave et exceptionnel.

L'on a aussi émis dans ce projet les articles 384, 385, 386, 387 du Code Napoléon, relatifs à la jouissance accordée, dans son système, aux père et mère, des biens de leurs enfants, jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à l'époque de leur émancipation. Cette jouissance du code est à peu près la

garde bourgeoise de l'article 266 de la Coutume de Paris, garde qui n'existe pas dans le pays où elle n'a jamais été introduite ni pratiquée, comme on peut s'en convaincre en consultant l'usage ainsi que les autorités citées en marge. Ceci au reste ne doit pas surprendre, puisque l'art. 266 de la coutume de Paris n'accorde la garde bourgeoise "qu'aux pères et mères, bourgeois de Paris," ce qui exclut ceux qui ne l'étaient pas.

D'après notre système de loi, que l'on ne croit pas devoir changer, le père, et à son défaut la mère, a, comme règle générale, droit à la tutelle de ses enfants mineurs, charge qui lui donne bien l'administration de ses biens tant qu'il est mineur non émancipé, mais ne comporte pas le droit de faire siens les fruits et revenus de ces biens, dont, au contraire, il est dû compte dans tous les cas.

Les articles qui précèdent paraissent résumer tous les droits et obligations résultant de la puissance paternelle, telle qu'elle existe parmi nous. Ceux résultant de la tutelle sont exposés au titre suivant.

TITRE HUITIÈME.	TITLE EIGHTH.
DE LA PUISSANCE PATERNELLE.	OF PATERNAL AUTHORITY.
242. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.	242. A child, whatever may be his age, owes honor and respect to his father and mother.

---

* *ff., de obsequiis parentibus, Lib.* 37, *tit.* 15, *L.* 9. } Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.

---

* *ff., de in jus vocando, Lib.* 2, *tit.* 4, *L.* 6. } Parentes naturales in jus vocare nemo potest : una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.

---

* *Novelle* 12, *c.* 2. } Si veró contigerit ex prioribus nuptiis inculpabilibus filios esse ei, aut nepotes fortè, aut ulterius : paternam moxilli accipiant successionem, suæ quidem potestatis patris supplicio facti, pascentes autem eum, et alia necessaria præbentes. Nam licet legum contemptor et impius sit, tamen pater est.

---

* *Pothier, mariage, No.* 389. } Les enfans sont obligés d'aimer et d'honorer leurs père et mère, de leur obéir, et de les assister dans leurs besoins, selon leur moyen.

L'obéissance que les enfants doivent à leurs père et mère est sans bornes, tant que dure la puissance paternelle. Ils doivent pendant ce temps obéir à leurs père et mère dans toutes les choses qu'ils leur commandent pourvu que ce qu'ils leur commandent ne soit pas contraire à la loi de Dieu : mais lorsque les enfans sont sortis de la puissance paternelle, qui finit dans le pays coutumier par la majorité des enfans,

ou par le mariage qu'ils ont contracté de leur consentement, en ce cas, ils peuvent vivre dans l'indépendance de leurs père et mère, pourvu qu'ils ne s'écartent pas du respect qu'ils leur doivent, et qu'ils aient une complaisance raisonnable pour leurs volontés.

---

* *Pothier, des personnes, tit. VI, sec. II.* } On a mis autrefois en question si, dans le pays coutumier français, il y avait une puissance paternelle. Quelques auteurs ont avancé qu'il n'y en avait point, on ne peut néanmoins douter qu'il n'y en ait une. La coutume d'Orléans en fait mention expresse dans la rubrique du tit. 9. Elle parle aussi, en l'art. 158, d'émancipation ; ce qui suppose une puissance paternelle : mais cette puissance, telle qu'elle a lieu dans le pays coutumier, est entièrement différente de celle que le droit romain accordait aux pères sur leurs enfants, dont le terme et la durée étaient sans bornes, et qui était, *quasi quoddam jus dominii*, semblable à celle que les maîtres avaient sur leurs esclaves.

Dans nos pays coutumiers, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses :

1° Dans le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens. De ce droit dérive la garde noble et bourgeoise ;

2° Dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance.

De la première partie de la puissance paternelle, naît le droit qu'ont les père et mère de retenir leurs enfants auprès d'eux, ou de les envoyer dans tel collège, ou autre endroit où ils jugent à propos de les envoyer pour leur éducation.

De là il suit qu'un enfant soumis à la puissance paternelle ne peut entrer dans aucun état, se faire novice, faire profession religieuse contre le consentement de ses père et mère,

sous la puissance desquels il est. Cela a été jugé contre les Jésuites, au profit de Me. Airault, lieutenant-général d'Angers, par arrêt de 1587 ; contre les Feuillans, par arrêt du 10 août 1601 ; contre les Capucins, au profit du président Ripault, par arrêt du 24 mars, 1604. Ces arrêts sont fondés en grande raison. L'état religieux n'est que de conseil évangélique ; or il est évident qu'on ne peut pas pratiquer un conseil évangélique par le violement d'un précepte, tel qu'est celui de l'obéissance à ses parents, qui nous est prescrite par le quatrième commandement de Dieu. D'ailleurs, la profession religieuse, quoique bonne et utile en soi, ne convient pas néanmoins à tout le monde : tous ne sont pas appelés à cet état. Or les père et mère sont présumés être plus en état de juger si leurs enfants sont appelés ou non à cet état, que leurs enfants, qui, n'étant point encore parvenus à la maturité de l'âge, ne sont pas encore capables de juger par eux-mêmes de l'état qui leur convient.

Il faut excepter de notre règle le service du Roi, auquel les enfans de famille peuvent valablement s'engager contre le consentement de leurs père et mère. L'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle.

De la première partie de notre principe, naît aussi le droit d'une correction modérée, qu'ont les père et mère sur leurs enfans. Ce droit de correction, dans la personne du père, va jusqu'à pouvoir, de sa seule autorité, faire enfermer ses enfans dans des maisons de force, quand il n'est pas remarié. Lorsqu'il est remarié, il ne le peut sans ordonnance du juge qui, pour en accorder la permission, doit s'enquérir de la justice des motifs que le père allègue pour faire enfermer ses enfans. La raison est que, quand un père est remarié, on n'a pas tant lieu de présumer de la justice de ses motifs, arrivant assez souvent, comme dit la loi 4, *ff. de inoff. testam.* que des pères *novercalibus delinimentis, instigationibusque corrupti, maligne contra sanguinem suum judicium inferunt.*

[ARTICLE 242.]

Les femmes ont aussi besoin de l'autorité des Juges, pour faire enfermer leurs enfans dans des maisons de force. La faiblesse de leur jugement et le caractère d'emportement, assez ordinaire à ce sexe, empêche qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère, comme sur celui du père. Ce sont les distinctions qu'on trouve dans un arrêt de 1695. V. le tôm. 5, Journ. des Aud.

La puissance paternelle, quant à la première partie finit non seulement par la mort naturelle ou civile du père ou de l'enfant, mais encore par la majorité de l'enfant, par son mariage même avant vingt-cinq ans et par l'émancipation.

Observez que, quoique parmi nous, la puissance paternelle appartienne à la mère comme au père, en quoi notre droit diffère du droit romain, qui ne l'accordait qu'au père, néanmoins la mère ne peut exercer les droits dont nous venons de parler, qu'au défaut du père ; c'est-à-dire, après sa mort, ou dans le cas auquel, pour sa démence, ou son absence, il ne pourrait pas l'exercer. Hors ces cas, la puissance de la mère est exclue par celle du père, la mère étant elle-même sous la puissance de son mari, sans lequel elle ne peut rien faire ; elle n'en peut exercer aucune sur ses enfants, si ce n'est du consentement et sous le bon plaisir de son mari.

La puissance paternelle, quant à la seconde partie, ne peut finir que par la mort naturelle du père ou de ses enfants ; car des enfans ne peuvent jamais être dispensés des devoirs de reconnaissance et de respect, dans lesquels elle consiste.

C'est de la puissance paternelle, considérée quant à cette seconde partie, que dérive l'obligation où sont les enfants de requérir le consentement de leurs père et mère, pour se marier.

---

* *Domat, Lois civiles, Droit public, part. 2, liv. 1, tit. 1, sec. 1, No. 2.* } La première distinction qui assujettit des personnes à d'autres, est celle que fait la naissance entre les parens

et les enfans ; et cette distinction fait une première espèce de gouvernement dans les familles où les enfans doivent l'obéissance à leurs parens qui en sont les chefs.

Honora patrem tuum et gemitus matris tuæ ne obliviscaris: memento quoniam nisi per illos natus non fuisses. Eccle. 7. 29.

Filii, obedite parentibus per omnia. Col. 3. 20.

---

*4 *Pandectes Frs*, *p.* 317 *et suiv.* } Lors de la discussion de ce titre, au Conseil, M. Béranger proposa de retrancher cet article, comme n'étant point une disposition législative. M. Bigot-Préameneu observa avec beaucoup de justesse que cet article contient le principe, dont les autres ne font que développer les conséquences ; et que, d'ailleurs, il deviendra, en beaucoup d'occasions, un point d'appui pour les juges.

En effet, le fondement et la base de la puissance paternelle sont dans cette révérence et ce respect, que la nature... que disons-nous ? que la Divinité même impose à l'enfant, envers ses père et mère. C'est elle qui lui a dit : Honore, respecte ton père. N'oublie pas les douleurs de ta mère ; car, sans eux tu n'existerais pas. C'est elle qui lui a commandé l'obéissance envers eux. C'est Dieu, lui-même, qui a promis une longue vie, pour récompense, au fils respectueux. Et cette promesse n'a point été vaine. Les observateurs remarquent que les hommes qui ont donné l'exemple de la piété filiale sont aussi, généralement, ceux qui sont parvenus à la vieillesse la plus avancée.

Pourquoi donc ce précepte n'aurait-il pas pris place dans la loi civile, dont il est le fondement et le soutien ? Les pères et mères ne sont-ils pas, sur la terre, les images de Dieu même ? Cette similitude n'est point idéale. On trouve en eux cet amour inépuisable qui fait tout pour son objet, et

cependant, éclairé, qui sait se garantir de la faiblesse ; cette bonté inaltérable qui mesure le châtiment, non à la grandeur de la faute, mais à la force du sujet et qui pardonne, même en punissant. Enfin, cette prévoyance qui caractérise la providence divine.

Dans quel temps était-il plus nécessaire de répéter ce précepte divin, que dans celui où tous les liens de la subordination sont encore relâchés ; où l'on sent la nécessité de rétablir le gouvernement des familles, pour fortifier celui de l'état.

Que dans un temps où la nouvelle philosophie vient encore semer ses poisons mortels ; où l'on s'érige audacieusement en législateur, pour détruire tous les principes de la législation ; où l'on vient jeter, au sein de la dépravation effrayante des mœurs, de nouveaux sermens de corruption ; enseigner, dogmatiquement, qu'il n'y a *ni droit* naturel, ni vices, ni vertus ; que ce sont des mots vides de sens, faits pour amuser les enfans ; que les deux seuls principes de la conduite des hommes sont le plaisir et la peine ; qu'ils ont le droit de faire tout ce qui peut leur procurer l'un, et de repousser tout ce qui peut leur faire souffrir l'autre ; et qu'enfin, toute loi est un attentat à la liberté.

Comment peut-on dire de bonne foi qu'il n'y a point de droit naturel ? Quelle est donc cette voix intérieure, qui me fait sentir, sans que personne me l'ait jamais appris, que l'on ne doit pas m'ôter ce qui m'appartient ; que l'on doit me donner ce qui m'est dû ; que l'on ne doit pas me nuire, comme je ne dois nuire à personne. On demande la définition du droit naturel ? Eh ! n'est-elle pas écrite dans cette maxime : *ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit : alteri ne feceris, quod tibi fieri non vis.* Cette règle n'est-elle pas gravée par la nature même, ou plutôt, par son auteur, dans le cœur de tous les hommes ?

N'est-ce pas d'elle qu'il est surtout vrai de dire avec l'ora-

teur romain, *et hæc judices non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, sed ab ipsâ naturâ hausimus, arripuimus ; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.*

Il ne faut ni étudier le droit, ni en sonder les profondeurs, il suffit de consulter son propre cœur, pour sentir que l'on doit honorer, respecter ses père et mère, par la raison que l'on veut être honoré, respecté par ses enfans.

C'est donc avec grande raison, que les jurisconsultes romains ont dit que la puissance paternelle, quant à son origine, est du droit naturel. Cette vérité est justifiée par les yeux, autant que par le sentiment. Il ne faut qu'observer les habitudes des animaux, pour dire avec Paul et Ulpien : *et hoc quoque jure, belluæ utuntur.*

Il est donc vrai que la loi civile ne crée point la puissance paternelle. Elle est établie par la nature, antérieurement à la loi. Celle-ci ne fait qu'en régler les effets, les étendre, ou les restreindre. Quelle base plus respectable et plus solide pouvait-elle choisir que le commandement du Décalogue ? Que pouvait-elle faire de mieux que de rappeler et de mettre sous les yeux ce précepte trop oublié ? S'il ne maintient pas toujours les enfans dans les bornes dont ils ne doivent jamais sortir, il servira, comme l'a dit M. Bigot de Préameneu, de règle aux juges, pour les y faire rentrer.

Quels que soient, en effet, les objets de discussion qu'un enfant puisse avoir avec ses père et mère ; quoïqu'il puisse avoir raison, et qu'il lui soit permis d'exercer contre eux les droits qui peuvent lui appartenir ; il est toujours obligé de conserver, à leur égard, la révérence et le respect, dont la nature et la loi lui imposent l'obligation. Cet article servira de règle aux juges, pour discerner le cas où l'enfant s'écartera de ce devoir ; et pour l'en punir, même en lui adjugeant ce qui pourra lui être dû.

---

* *Pocquet de Livonnière,* *Règles*, *p.* 30. } La puissance paternelle, n'est pas inconnue en France, mais elle n'est pas à beaucoup près si étendue que chez les Romains. La puissance paternelle en France n'emporte aucun domaine ni sur la personne ni sur les biens, elle ne consiste qu'en obéissance et révérence que les enfans doivent à leurs pères.

Elle est due à la mère comme au père tant qu'il n'y a point de division entre eux, mais au père préférablement, à la mère dans les choses qui ne sont point défendues et sur lesquelles ils ne sont point d'accord. *Loysel*, liv. 1, tôm. 1, Règ. 37. *D'Argentré*, sur art. 495, de Bretagne, Gl. 1. *Bacquet*, de Justice, ch. 21, n°. 57.

---

* 1 *Gin,* *p.* 220. } Le vœu de la nature qui identifie les pères et les enfans, est un des principes que les jurisconsultes romains se sont efforcés d'inculquer le plus profondément dans les esprits. La faiblesse des enfans, dans le premier âge, les place sous la dépendance de leurs parens dont la nature les destine à être un jour la consolation et le soutien.

---

* *C. L.*, 233 *et* *C. N.* 371. } L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

---

243. Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majotité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage, sauf les dispositions contenues dans l'acte de la 25e Vict., chap. 66.

243. He remains subject to their authority until his majority or his emancipation, but the father alone exercises this authority during marriage; saving the provisions contained in the act 25 Vict., chap. 66.

[ARTICLE 243.]

* *ff. verb. signif. Lib.* 50, *tit.* 16, *L.* 196. } *Familiæ* appellatione, et ipse princeps familiæ continetur. Fæminarum liberos in familia earum non esse, palàm est, quia qui nascuntur patrts, non matris familiam sequuntur.

---

* *Inst., lib.* 1, *tit.* 12. } Videamus nunc quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberantur... Hi vero qui in potestate parentum sunt, mortuo eo sui juris fiunt...

---

* *Pothier, mariage, No.* 389. } Cité sous article précédent.

Id., No. 399.—La puissance paternelle sur les enfans qui naissent du mariage, est un des effets civils du mariage, aussi bien que les droits de garde qui en sont comme une suite. Cette puissance, par le droit de nos provinces, très différent en cela du droit Romain, est commune au père et à la mère, sauf que le père l'exerce seul tant qu'il vit.

Il est vrai que quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, les enfans ne laissent pas d'être tenus aux devoirs naturels envers leurs père et mère ; mais il n'y a qu'un mariage qui a les effets civils qui donne aux pères et mères le droit de puissance paternelle dans toute son étendue.

---

* *Voy. Pothier, Des personnes*, cité sous l'artice précédente.

---

* *Pothier, Intr.aux Cout., tit.* 9, *No.* 2. } *La Garde* est le droit que la coutume donne au survivant de deux conjoints par mariage, ou à son défaut ou refus, aux autres ascendans, de gouverner avec autorité les personnes des enfans mineurs du dit mariage, et les biens qui sont avenus aux dits mineurs de la succession du prédécédé, et qui pourraient leur avenir d'ailleurs.

Il résulte de cette définition, que la garde n'est autre chose qu'une tutelle légitime : car la tutelle est, de même que la garde, le droit de gouverner avec autorité la personne et les biens du mineur.

Ce droit de garde peut aussi être considéré dans la personne du survivant, comme une continuation de son droit de puissance paternelle qui continue après la dissolution du mariage.

Le survivant a la garde de ses enfants mineurs quand même il serait lui-même mineur ; *Renusson*, Traité de la garde, ch. 2, nº 14 ; *Lalande*, sur l'art. 180. On lui joint en ce cas un curateur pour les causes où il s'agirait de la propriété des immeubles des mineurs : mais s'il était mort civilement, ou insensé, ou interdit pour cause de prodigalité, il en serait incapable.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 2, *art.* 1*er. et suiv.* } Dans les pays de droit écrit et coutumes où la puissance paternelle a lieu, les enfants de famille seront émancipés de plein droit du jour qu'ils auront atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et non plus tôt.

No. 2. Et avant l'âge de vingt cinq ans, les enfants de famille sont émancipés, du jour qu'ils sont mariés, pourvu que ce soit du consentement du père, ou qu'ils sont prêtres, ou qu'ils tiennent ménage au sû et vû du père ou qu'ils exercent un négoce séparé, ou qu'ils sont reçus en quelque charge ayant fonction publique.

No. 3. L'émancipation tacite et de plein droit produira les mêmes effets que l'émancipation expresse.

No. 4. Peut le père émanciper son enfant présent ou absent en quelqu'âge qu'il soit, et n'est requis autre solennité, sinon qu'il déclare judiciairement, par devant le juge de son domicile, qu'il met son enfans hors de sa puissance, dont acte lui sera donné par le juge et écrit sur le registre de l'audience, à peine de nullité de la dit émancipation.

No. 5. Dans l'acte d'émancipation, le père pourra se réserver la jouissance d'une portion des biens de l'émancipé qui ne pourra excéder la jouissance de la moitié, laquelle jouissance cessera du jour que l'un des cas ci-dessus exprimés, pour l'émancipation tacite, sera arrivé ; et en défaut de réservation expresse le père demeurera déchu de la dite jouissance.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 1041. } Dans les premiers temps de la monarchie française, la puissance paternelle fut aussi portée à l'excès ; le père pouvait vendre ses enfans, comme on le voit par les capitulaires de Charlemagne.

Dans nos provinces méridionales, appelées pays de droit écrit la puissance paternelle s'était soutenue à peu près telle qu'elle était réglée par les dernières lois romaines. Un décret du 20 Août 1792 ordonna que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle, et qu'elle ne s'étendait que sur les personnes des mineurs : on craignait que la prudente autorité des pères de famille ne pût arrêter les excès de la révolution, en contenant une jeunesse ardente, avide de nouveautés, et toujours séduite par de fausses espérances.

No. 1046. La puissance paternelle ne cesse jamais entièrement que par la mort. A tout âge l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère. Ce principe de morale, consigné dans le code comme un point d'appui pour le jnge et comme une règle de conduite pour les enfans, contient le germe de tous les devoirs de ces derniers. Ils restent sous l'autorité des pères et mères jusqu'à la majorité ou l'émancipation.

L'enfant mineur ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père.

No. 1049. Après la majorité, la puissance paternelle n'est plus que de conseils et d'assistance. L'enfant ne peut ni se marier ni s'engager dans les liens de l'adoption, sans avoir obtenu le consentement de ses père et mère, ou du moins sans les avoir consultés.

[ARTICLE 243.]

Nous avons parlé, au titre du mariage, des alimens que les enfants doivent fournir à leurs pères et mères.

No. 1076. Mais à qui du père ou de la mère doit appartenir la garde de l'enfant, lorsqu'ils la réclament tous les deux ?

Ce n'est que dans le cas d'un mariage existant que la loi donne la prépondérance au mari (373, 374), et au père l'exercice exclusif de l'autorité paternelle. Dans le cas de divorce (502), c'est au magistrat de décider à qui les enfants seront confiés pour leur plus grand avantage.

Mais le Code ne parle point de la garde des enfants nés hors du mariage. La nature semble donner la préférence à la mère, qui est toujours certaine, et qui peut seule connaître quel est le père de son enfant. Mais lorsqu'elle a reconnu le père, pourquoi aurait-elle un droit exclusif sur l'enfant ?

Qu'il reste sous la garde de la mère tandis qu'il a besoin de ses soins, rien de plus juste : on ne peut, sans contrarier la nature, ôter la mère à l'enfant.

Mais après la première enfance, lorsqu'il peut se passer des soins maternels, lorsqu'une éducation plus mâle lui devient nécessaire, on ne voit pas de raison décisive pour confier la garde de l'enfant à la mère plutôt qu'au père.

On ne peut cependant diviser entre eux l'exercice de cette garde. C'est donc au magistrat de prononcer s'ils ne peuvent s'accorder, et c'est le plus grand avantage de l'enfant qui doit déterminer à en confier la garde à l'un plutôt qu'à l'autre des père et mère, par une juste extension de l'article 302.

Mais lorsque la mère d'un enfant naturel conteste la paternité de celui qui s'en dit le père, et qu'il s'agit de décider à qui de la mère ou du prétendu père l'éducation et la garde de l'enfant doivent être confiées, la mère doit être préférée, sans qu'elle soit obligée d'indiquer le véritable père de l'enfant ; car, si la contestation seule ne suffit pas pour priver l'enfant de l'avantage qu'il peut retirer de la reconnaissance

faite par celui qui s'en dit le père, la simple allégation de celui-ci ne peut suffire pour dépouiller de son droit la mère, qui est certaine, et qui doit être considérée comme étant en possession de la garde de l'enfant à qui elle a donné le jour.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 324. } La puissance paternelle du Code civil diffère encore de celle des lois romaines, en ce que la mère la partage. C'est ce qui résulte des termes de l'article qui emploie le pronom possessif du pluriel, *leur*, d'où il résulte, que l'enfant est sous l'autorité des père et mère. Suivant les lois romaines, celle-ci n'avait aucune part à la puissance paternelle, non plus que ses ascendans, sur ses enfans.

Ibid., *p.* 327. } Le Code ne dit point que le père seul a cette autorité, parce qu'elle appartient aussi à la mère; mais qu'il l'exerce seul, pendant la durée du mariage, parce qu'il est le chef de la famille et de la maison.

Il suit de là que toutes les fois que le père et la mère sont divisés, c'est la volonté du père qu'il faut suivre.

---

* *C. L.*, 234. } L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. En cas de dissentiment, l'autorité du père prévaut.

---

* *C. N.*, 372. } Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

* *Id.*, 373. } Le père seul exerce cette autorité durant le mariage.

---

244. Le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père.	244. An unemancipated minor cannot leave his father's house without his permission.

---

* *Voy. Pothier*, Personnes, tit. 6, sec. 2, cité sous l'article 242.

[ARTICLE 244.]

* *Merlin, Répert., Vo. puis. paterm., sec.* 3, § 4. } Le fils de famille peut se choisir un domicile séparé de celui de son père. *Placet etiam filium familiâs domicilium habere posse.* Ce sont les termes de la loi 3 D. *ad municipalem* La loi suivante dit précisément la même chose : *Non utiquè ibi ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit.* C'est ce qu'établissent encore la loi 6, § 1, et la loi 17, § 11 du même titre. Et Godefroi, sur le premier de tous ces textes dit, d'après Bartole, que le fils n'a pas besoin pour cela du consentement de son père, *etiam sine consensu patris.*

Mais ces décisions doivent être restreintes aux majeurs ; car il est de principe qu'un enfant ne peut avoir, dans sa minorité, d'autre domicile que celui de son père ; c'est d'ailleurs ce qu'a jugé un arrêt du 7 mai 1653, rapporté par Soëfve. François Brun, âgé de dix-neuf ans, avait obtenu des lettres d'émancipation, et les avait fait entériner, malgré l'opposition de son père, à la sénéchaussée de Poitiers. Le père en interjeta appel et par l'arrêt cité, la Cour déclara le fils non recevable en ses lettres, et lui ordonna de retourner dans la maison de son père.

Id., § 6. Quelle est, sous le Code civil, l'influence de la puissance paternelle sur la capacité ou l'incapacité d'état de fils de famille ?

Aux termes de l'art. 374 de ce Code " l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus."

Ainsi la puissance paternelle est, dans la personne de l'enfant qui y est assujetti, un obstacle à ce qu'il se choisisse, malgré son père, un domicile séparé ; et en cela, le Code civil déroge au droit romain

Elle est aussi un obstacle à ce que l'enfant non émancipé embrasse une profession quelconque, sans le consentement de son père. C'est ce que suppose clairement l'exception par

laquelle l'article cité autorise l'enfant à s'engager au service de l'état, sans le consentement de son père, lorsqu'une fois il a atteint l'âge de dix-huit ans révolus.

Pour tous les autres objets qui tiennent à la capacité ou l'incapacité, soit de contracter, soit de disposer, soit d'aliéner, soit d'ester en jugement, l'enfant non émancipé ne diffère en rien du mineur en tutelle.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 1046. } Cité sous l'art. précédent.

Id., *No.* 1047.—C'est une conséquence du droit qu'ont les père et mère de diriger son éducation. La nature et la loi leur imposent l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants (203). Ils doivent former leurs mœurs, cultiver leur esprit, les préparer à une profession particulière, assortie à leur fortune, à leurs goûts, à leurs facultés, la leur faire embrasser : c'est ce qu'on appelle leur donner un état. Le choix en appartient à la prudence et à l'autorité des pères et mères, qui ont le droit d'exiger de leurs enfants l'obéissance sur ce point important.

---

* *Pocquet de Livonnière*, *Règles*, *p.* 32. } La puissance paternelle consiste principalement dans l'éducation, jusqu'à 25 ans, et pour empêcher qu'ils ne prennent un établissement jusqu'à ce temps-là.

Je ne crois pas cependant qu'un père pût faire casser l'enrôlement de son fils pubère, quoiqu'il puisse s'opposer à la prise d'habit, dans toute communauté. (Journ. des Aud., tôm. 5, liv. 12, ch. 25.)

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 328, *sur art.* 374. } Il suit de cet article qu'un père peut contraindre, même par la force, l'enfant qui a quitté la maison paternelle d'y rentrer ; et que, sur sa réquisition, les tribunaux doivent l'appuyer, en ce cas, de leur pouvoir.

[ARTICLE 244.]

Si cependant le père maltraitait son fils, outre mesure, et se portait à des excès qui donnassent lieu de craindre pour celui-ci, le juge pourrait l'autoriser à demeurer ailleurs que chez son père, et même contraindre ce dernier à l'émanciper. Il en serait de même si la conduite du père était tellement immorale qu'elle pût exposer les mœurs de l'enfant. (*L.* 6, *Cod. de spec. et scenic.*)

Suivant la loi première au Code *de patria potestate*, la longue demeure de l'enfant hors de la maison paternelle faisait présumer l'émancipation, quand le père avait souffert que les affaires de ce fils fussent gérées comme celles d'un père de famille ; c'est-à dire, d'un citoyen non assujetti à aucune puissance.

Si filium tuum in potestate tua esse dicis, præses provinciæ estimabit an audire te debeat ; cum diù passus sis, ut patris familias, res ejus agi per eos, qui testamento matris, tutores nominati fuerunt.

Il serait difficile d'appliquer cette loi dans notre droit actuel, suivant lequel la puissance paternelle n'est plus ce qu'elle était selon les lois romaines, ni même ce qu'elle était dans les pays régis par le droit écrit. Cependant il peut encore se présenter quelque cas où il serait possible d'en faire usage. Si, par exemple, le père a souffert qu'un enfant âgé de plus de dix-huit ans eût une habitation séparée de la sienne, et s'y conduisit comme chef de famille.

L'exception portée par cet article n'était pas exprimée par les lois anciennes, mais elle s'observait de même. Le père réclamait vainement un fils en âge de porter les armes, qui s'était enrôlé volontairement. On ne l'écoutait pas.

---

* *C. L.*, 236. } L'enfant au-dessous de l'âge de puberté ne peut quitter la maison paternelle, sans la permission de ses père et mère, et ceux-ci ont le droit de le corriger, pourvu que ce soit d'une manière raisonnable.

---

* *C. N.*, 374. } L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus.

---

245. Le père, et à son défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé un droit de correction modérée et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée.	245. The father and, in his default, the mother of an unemancipated minor have over him a right of reasonable and moderate correction, which may be delegated to and exercised by those to whom his education has been entrusted.

Voy. *Pothier*, *Des personnes*, cité sous l'article 242.

---

* *Pocquet de Livonnière*, *Règles*, *p.* 3. } Les pères et les mères ont droit de correction sur leurs enfans ; ils peuvent même, s'ils sont indociles, les faire enfermer dans des maisons de force en vertu d'une simple ordonnance du juge.

---

* *Fenet Pothier*, *sur art.* 371, *C. N.* } Cet auteur cite Pothier, Mariage, No. 389. Voyez l'art. 242.

---

* 1 *Gin*, *p.* 234. } Le législateur ne s'occupe pas des punitions domestiques ; mais si des cas *très graves* donnent lieu à un emprisonnement momentané, jusqu'à seize ans commencés, le père ordonne ; le magistrat sanctionne sans connaissance de cause.

Id., *p.* 235.—Depuis seize ans commencés jusqu'à vingt-et-un, époque de la majorité, l'effervescence des passions peut

exiger une correction plus réprimante; mais l'approche de l'âge viril engage à plus de respect pour la liberté du citoyen, plus de secret sur des motifs qui pourraient influer sur sa réputation pendant tout le cours de sa vie. Le père requiert, mais n'ordonne pas.

Id., *p.* 237. — Le père impuissant pour punir, sans le concours de l'autorité du magistrat; tout-puissant pour pardonner.

Le père est toujours maître d'abréger la détention par lui ordonnée ou requise.

Si après sa sortie l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée, de la manière prescrite aux articles précédents. (*Ibid. art.* 373.)

Id., *p.* 240.—" En prononçant, par cet article, que la mère jouit, dans cette circonstance, des droits qu'il accorde au père, le législateur établit un droit égal, une égalité de peine, de soins et d'affections; il répare, par cette équitable disposition, l'injustice de plusieurs siècles... Il rétablit la mère dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature; droits sacrés, trop méprisés par les législations anciennes, accueillis par quelques-unes de nos coutumes, et notamment par celle de Paris (titre de la garde noble et bourgeoise), mais qui, effacés dans nos codes, auraient dû se retrouver écrits en caractères ineffaçables dans le cœur de tous les enfans bien nés." *Disc. du conseiller d'état Réal.*

En effet, l'origine de ces deux droits est différente; mais leurs titres sont les mêmes, leurs effets peu différens.

Id., *p.* 242.—Le nouveau Code, ne reconnaissant pas ces distinctions héréditaires (privilèges des gardes nobles et bourgeoises), attribue à la paternité ou maternité, à peu près les mêmes droits que les deux gardes.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 1050. } Ce droit, qui s'étend jusqu'à la détention pendant un temps limité, ne peut être exercé

sans le concours du magistrat public, parce que tout ce qui concerne la liberté des citoyens sort des bornes du droit privé. Le magistrat public, qui représente le Roi, peut seul donner l'ordre d'exécuter le jugement émané du tribunal domestique ; d'ailleurs, il doit connaître le droit de la détention.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 3, *art.* 18. } La garde finit quand le gardien, père ou mère, se remarie ; et l'un et l'autre devenu veuf ne peut reprendre la garde.

---

* 4 *Pandectes Frs., sur art.* 384, *C. N., p.* 351. } Quant à ses biens, le père, pendant le mariage ou après sa dissolution, le survivant des père et mère, en a non pas l'usufruit, mais seulement la jouissance, pendant un certain temps.

Il résulte de là que le Code civil réduit, à l'égard des biens, l'effet de la puissance paternelle à celui que produisait la garde, dans les coutumes où elle était en usage. Généralement le gardien avait la jouissance des biens du mineur jusqu'à ce qu'il eût atteint l'âge requis.

---

7 *Journ. des Aud. Suppl., p.* 138. } Par arrêt du merçredy 7 mai 1653, en l'audience de la chambre de l'Édit en infirmant la sentence du Sénéchal de Poitou, qui avait entériné les lettres d'émancipation obtenues par le fils, et ce de l'avis de tous les parens, jugea qu'il était non recevable ès-dites lettres, lui enjoignit de retourner avec son père, et de lui porter honneur et respect ; fit pareille injonction au père de le recevoir chez lui, et le traiter favorablement, même de lui fournir ce qui lui était nécessaire pour son entretien. La cour ne fit point de distinction entre les biens situés en la dite coutume de Poitou, où la puissance paternelle a lieu

et les biens situés en celle de Blois, où non seulement cette puissance paternelle n'a point lieu comme en Poitou, mais même où la garde noble qui appartient au père où à la mère après le décès de l'un d'eux, finit à l'âge de douze à quatorze ans ; d'où semblait naître la conséquence que le dit mineur âgé de dix-neuf ans fût bien fondé à prétendre son émancipation, du moins à l'effet d'avoir la jouissance du revenu des biens situés en la coutume de Blois. (Soëfve, t. 1, cent. 4, ch. 36.)

---

* *Nouveau Denisart*, *Vo. Garde*, *p.* 200. } "La *jouissance* du gardien, dit Bourjon, *Dr. Com. de la Fr.*, *t.* 1, *p.* 835, embrasse les *meubles* appartenant au mineur...; mais comme la jouissance ne doit pas diminuer le fonds, il est obligé de faire la vente des meubles, et sa jouissance se réduit à jouir du prix d'iceux...; il *jouit* pareillement du montant des *dettes actives*, son *usufruit* tombant sur tout indistinctement."

" Le gardien, par cet article 267, dit Ferrière, *Gl.* 1, *no.* 2, a l'administration et par conséquent aussi la *jouissance* des meubles qui appartiennent au mineur."

" L'on donne, dit M. le Camus, dans l'acte de notoriété du Châtelet, du 18 Janvier 1701, la *jouissance* de tous les droits et actions qui sont purement personnels et mobiliaires, et des contrats de constitution, à un père survivant, qui accepte la garde noble ou bourgeoise, *domicilié à Paris*, en quelque lieu que les meubles seraient......; il aura la jouissance de tous les meubles, actions et droits, en quelque lieu qu'ils se trouvent."

D'après toutes ces autorités, nous pensons que le droit du gardien sur les meubles de ses mineurs n'est pas une simple administration comptable comme celle du tuteur ; mais un droit de jouissance et d'usufruit.

Id., p. 201. Le gardien a le droit de jouir en usufruit de tous les immeubles échus à son mineur par la succession de celui dont le décès donne ouverture à la garde ; il en perçoit à son profit tous les fruits naturels et civils, comme tout autre usufruitier.

[ARTICLE 245.]

* *Cugnet, Traité des anciennes lois de propriété en Canada. Québec, Brown* (1775), *p.* 121. } Des tutelles et curatelles. Ce titre est substitué à la place de celui de la garde noble et bourgeoise, contenue en la coutume, qui ne peut guère avoir lieu en cette Province.

Id., p. 124.—En cette province, en conséquence d'une Ordonnance de Sa Majesté, T. C. du 15 Décembre 1721, et d'une déclaration du 1 février 1743, on ne connait qu'une sorte de tutelle, qui est la dative, de façon que toutes les tutelles sont datives et doivent être déférées par les juges, sur l'avis des parents des mineurs.

---

* 6 *Pothier, Traité de la garde noble, art.* 2, § 4, *p.* 394. } De l'entretien des biens des mineurs. Le gardien doit entretenir en suffisant état les héritages sujets à la garde c'est-à-dire, qu'il doit faire les réparations et autres dépenses qui surviennent à faire pour l'entretien des héritages durant le temps de la garde. Ces impenses d'entretien sont des charges de la garde ; mais elles ne l'obligent pas à faire, à ses dépens, celles qui étaient à faire lors de l'ouverture de la garde, car elles l'obligent bien à entretenir, c'est-à-dire conserver dans le bon état dans lequel il les a trouvés, mais non pas à réparer et rétablir.

Cela est indubitable dans les coutumes qui ne donnent pas au gardien noble la propriété des meubles des mineurs. Dans celles qui la donnent, il semblerait équitable que le mobilier des mineurs fût employé à réparer leurs héritages, et que le gardien ne profitât que du surplus.

Le gardien, pour pouvoir se faire faire raison par ses mineurs des réparations qui étaient à faire lors de l'ouverture de la garde, doit les faire constater dans ce temps par un procès-verbal fait par les Experts nommés par le juge faute de quoi il est censé les avoir trouvés en bon état.

Le gardien noble doit aussi faire les frais des procès pour

la conservation des biens sujets à la garde. Quelques coutumes en ont des dispositions, et on le doit décider dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

Cela est indubitable à l'égard des procès commencés du vivant du prédécédé, car ces frais sont de véritables dettes de la succession, dont le gardien est expressément chargé, comme nous le verrons au paragraphe suivant ; mais on le doit décider aussi à l'égard des procès commencés durant la garde. La charge d'acquitter ces frais peut être regardée comme comprise dans celle d'entretenir et conserver les biens sujets à la garde ; ces procès se soutenant pour la conservation des dits biens.

Cela a lieu non seulement à l'égard des procès que le gardien, qui serait en même temps tuteur, aurait lui-même soutenu pour ses mineurs ; mais dans le cas où le gardien n'étant pas tuteur, les procès auraient été soutenus par le tuteur d'un mineur, sur un avis de parens convoqués devant le juge et où le gardien aurait été appelé.

Voyez en tête de ce titre le Rapport de MM. les commissaires sur cet article.

---

* *C. L.*, 236. } L'enfant au-dessous de l'âge de puberté ne peut quitter la maison paternelle, sans la permission de ses père et mère, et ceux-ci ont le droit de le corriger, pourvu que ce soit d'une manière raisonnable.

TITRE NEUVIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

RAPPORT DE MM. LES COMMISSAIRES. Ce titre, qui est le dixième du Code Napoléon et le neuvième pour nous, traite, ainsi que l'indique sa rubrique, de trois sujets, qui, quoique distincts, sont cependant liés ensemble d'une manière intime, savoir : la minorité, la tutelle qu'elle rend nécessaire, et l'émancipation qui la modifie (la minorité) sans la faire disparaître entièrement.

De là notre titre se divise en trois chapitres, traitant, le premier, de la minorité, le second, de la tutelle, et le troisième, de l'émancipation.

Cette division, qui est celle du Code Napoléon, a été adoptée parce qu'elle a paru logique et naturelle et qu'elle se prête facilement à notre système, tout différent qu'il soit, sous plusieurs rapports, de celui du Code, différences qui seront signalées à mesure qu'elles se présenteront, et qui résultent particulièrement de notre propre législation, laquelle est fort considérable sur les divers sujets de ce titre.

CHAPITRE I.—DE LA MINORITÉ.

L'on ne considère ici la minorité que sous ses rapports avec la tutelle ; ainsi dans ce titre, il n'est pas question de l'état de la minorité en lui-même, de l'incapacité et des privilèges du mineur, des nullités qui affectent les actes qu'il fait ou qui sont faits en son nom, non plus que des modes à adopter pour faire prononcer ces nullités ; toutes ces choses seront réglées surtout au troisième livre de ce Code, où il sera question de la capacité de contracter, de poursuivre et d'être poursuivi.

Le présent chapitre a surtout pour objet de fixer l'âge où expire la minorité.

D'après le droit romain, le droit écrit en France, et même dans la plupart des coutumes, elle s'étendait jusqu'à vingt-cinq ans. Le Code Napoléon la termine à vingt-un ans ; nos statuts en font autant.

En conséquence, l'article 246 déclare que toute personne de quelque sexe qu'elle soit, demeure en minorité jusqu'à l'âge de vingt-un ans accomplis.

L'émancipation n'est pas une exception à cette règle ; elle ne fait que modifier la minorité, mais n'y met pas fin (247).

C'est au livre III et au Code de procédure que se trouvent les règles relatives à la minorité, aux droits et privilèges dont jouissent les mineurs, et aux incapacités qui leur sont particulières. (248).

CHAP. II.—DE LA TUTELLE.

D'après le droit romain suivi en France dans les pays de droit écrit, il y avait, avant le Code, trois espèces de tutelle : la testamentaire, la légitime et la dative. Les deux premières n'étaient pas admises dans les pays de coutume, où l'on ne reconnaissait que la dative ; pourtant, dans le ressort du parlement de Paris, la testamentaire n'était pas tout-à-fait sans effet ; elle faisait préférer comme tuteur la personne indiquée par le testament, à toute autre, à moins que, pour bonne cause, le juge, aidé du conseil de famille, n'en décidât autrement.

Quant au code Napoléon, il a enchéri même sur le droit romain ; il reconnaît quatre tutelles différentes : la tutelle naturelle des pères et mères, la tutelle déférée par les pères et mères, la tutelle légitime des ascendants et enfin la tutelle dative.

Cette dernière est la seule qui ait jamais existé dans le pays, où elle a été reconnue et réglée par diverses lois provinciales, auxquelles il est nécessaire et opportun de se conformer.

Ainsi donc, dans ce chapitre, il n'est question que de cette tutelle qui est déférée par le juge, sur l'avis du conseil de famille ; l'on y parle, dans six sections différentes, de la nomination du tuteur, de celle du subrogé-tuteur, des causes qui excusent de la tutelle, de celles qui en rendent incapable ou destituable, de l'administration du tuteur et du compte qu'il est tenu de rendre.

SEC. 1.—DE LA NOMINATION DU TUTEUR.

Pour éviter toute équivoque sur le sujet, un article particulier, en déclarant que l'on ne reconnaît que les tutelles datives, ajoute qu'elles sont déférées par le tribunal ou le juge, sur avis du conseil de famille (249).

Cet article, conforme à l'ancienne jurisprudence et à nos statuts, diffère de l'article 405 du Code Napoléon relatif à la tutelle dative, laquelle est déférée exclusivement par le conseil de famille, au lieu de l'être comme dans notre système, par le tribunal ou le juge, tenu, à la vérité, de consulter le conseil de famille, mais nullement tenu de suivre son avis. C'est pour faire ressortir cette différence, que notre article dit que la tutelle est déférée par le juge. C'est vraiment lui qui nomme le tuteur ; le conseil n'est appelé que pour l'aviser sur la nomination.

Ce conseil de famille, dont on a emprunté la dénomination au Code Napoléon, s'appelait autrefois "assemblée de parents." La convocation peut en être demandée par tous les parents et alliés, par le subrogé-tuteur, par toute partie intéressée, et, dans certains cas, par le mineur lui-même (250).

Il se compose des parents et alliés de ce mineur, au nombre de sept au moins, pris dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle aussi également que possible (251), mais, à l'exception de la mère et autres ascendantes, ils doivent être mâles, majeurs, et résidents dans le district où se fait la nomination (252), à moins que dans le district l'on n'en trouve pas un nombre suffisant ainsi qualifiés, auquel cas on peut les prendre ailleurs ; même convoquer des amis du mineur à défaut de parents de l'une et de l'autre ligne (253).

Ceux qui, étant qualifiés à assister au conseil de famille, n'y ont pas été appelés, ont droit de s'y présenter et d'y donner leur avis (254).

La convocation se fait, à la demande d'une personne compétente, par le juge, sur l'ordre qu'il donne et qui est signifié aux parties intéressées à la diligence de celui qui le demande (255).

Au lieu de convoquer le conseil devant lui, le juge peut, si les parties à convoquer résident au-delà d'une certaine distance, commettre un notaire ou autre personne pour tenir l'assemblée sur les lieux et administrer les serments requis (256).

Il est même permis aux notaires, suivant une législation assez récente, de convoquer ces assemblées d'eux-mêmes, sans l'ordre du juge, et sans égard à la distance, et d'y agir de même que s'ils y étaient autorisés par le juge (257); mais ce pouvoir ne leur est accordé que sous certaines restrictions et conditions, et en se conformant aux procédures indiquées aux articles 258, 259 et 260.

La plus indispensable de ces conditions exige que le notaire, agissant ainsi, fasse de ses procédés, au tribunal ou au juge du district, un rapport (261), qui n'a aucun effet s'il n'est homologué, et sur lequel il peut être ordonné tout ce qui est jugé convenable (262).

Toute nomination de tuteur, faite hors de cour, est sujette à la révision du tribunal, qui peut la mettre de côté et en ordonner une autre (263).

Un article, proposé en imitation de l'article 412 du Code Napoléon, pour dire que les parents convoqués au conseil de famille sont tenus de s'y rendre ou de s'y faire représenter par un mandataire spécial, a été retranché, d'abord parce qu'il impose une obligation sans pourvoir à sa sanction; ensuite et surtout parce que cette représentation par procureur à une assemblée destinée uniquement à éclairer le juge sur la nomination à faire, est une règle nouvelle, contraire à nos usages, bonne peut-être dans le système du Code Napoléon, où le tuteur est nommé par le conseil même ; mais qui ne l'est guère chez nous, où la nomination est faite par le juge, auquel il convient de fournir l'occasion de voir et de questionner ceux que la loi lui ordonne de consulter.

Quant à l'article qui exempte de l'obligation d'accepter la tutelle celui qui n'a pas été appelé à l'assemblée qui l'a élu,

il est omis en ce lieu pour être porté à la section III, où il forme l'article 272.

L'on ne nomme généralement qu'un seul tuteur à chaque mineur.

Cette règle souffre pourtant quelques exceptions indiquées en l'article 264, qui déclare en outre que c'est le tuteur du domicile qui a la garde de la personne du mineur.

Le tuteur entre en charge du jour de sa nomination, s'il y est présent ; sinon, du jour qu'elle lui est signifié. (265). Quant à l'article relatif au droit d'appeler de cette nomination, il est omis et est suppléé par l'article 281, section III.

La tutelle est une charge personnelle qui ne passe pas aux héritiers, lesquels cependant sont responsables de la gestion, et tenus, s'ils sont majeurs, de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (266).

Sec. II.—du subrogé-tuteur.

Dans toute tutelle il doit y avoir une espèce d'adjoint ou de surveillant, que l'on nomme subrogé-tuteur, dont les fonctions sont énumérées en l'article 267 ; il ne remplace pas de plein droit le tuteur décédé ou devenu incapable, mais alors il est tenu d'en faire nommer un autre (268).

Sur la question si le subrogé-tuteur doit représenter le mineur dans les procès qu'il peut avoir à soutenir contre son tuteur, les opinions sont partagées : les uns pensent qu'il doit en être ainsi, tandis que les autres veulent qu'un tuteur *ad hoc* lui soit donné pour le représenter dans ces cas. Les raisons au soutien de chacune de ces opinions se trouvent aux autorités citées au bas de l'article 269, qui résout la controverse en faveur de la dernière opinion, laquelle paraît plus sûre et plus avantageuse au mineur, vu que le subrogé-tuteur peut fort bien être capable de remplir les fonctions ordinaires de la charge, sans avoir les qualifications requises pour surveiller un procès dont l'état ou la fortune du mineur peut dépendre. Au reste ses fonctions cessent de la même manière que celles

du tuteur (270). Les causes de dispense, d'exclusion et de destitution sont les mêmes que pour la tutelle (271).

SEC. III.—DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE.

Celui qui n'a pas été appelé au conseil de famille qui l'a élu, n'est pas tenu d'accepter la charge (272) ; il en est de même de l'étranger à qui on l'aurait conférée, lorsque le mineur a des parents ou alliés en état de la remplir (273).

L'âge de soixante-dix ans ou des infirmités graves et durables dispensent d'accepter la tutelle, et autorisent même à s'en faire décharger si cet âge et ces infirmités surviennent après qu'elle a été acceptée (274, 275).

Ces dernières dispositions sont conformes à l'ancienne jurisprudence et la dernière l'est aussi au Code Napoléon (434), mais il n'a pas adopté la première, relative à l'âge ; à soixante-cinq ans il permet de refuser et à soixante-dix de remettre la tutelle (433).

Les Commissaires n'ont pas cru ce changement d'une importance suffisante pour les engager à le recommander.

Ceux qui ont déjà deux tutelles, ou même une, si'ls sont mariés ou pères sont dispensés de toute autre tutelle que de celle de leurs propres enfants.

C'était autrefois trois tutelles qu'il fallait avoir pour pouvoir en refuser une autre, et l'on n'avait pas d'égard à la qualité de père ou d'époux. Les Commissaires ont cru devoir suggérer les changements qui se trouvent dans l'article 276, qu'ils soumettent comme amendement, en conformité, sauf quelques altérations dans la rédaction, à l'article 435 du Code Napoléon et à l'article 318 de celui de la Louisiane.

Sont également exempts de toute tutelle étrangère ceux qui ont cinq enfants légitimes, vivants ou représentés eux-mêmes par des enfants actuellement existants (277). Mais ceux qui surviennent pendant la tutelle n'autorisent pas à l'abandonner (278).

Le tuteur élu qui veut se prévaloir de quelques-unes de ces excuses, doit, s'il est présent, les proposer sur-le-champ,

afin qu'il y soit fait droit de suite, si c'est devant le juge qu'on procède ; ou si c'est devant le notaire, qu'elles soient rapportées devant le tribunal pour y être décidées (279) ; mais si l'élu n'est pas présent, il doit, sous certains délais, qui sont de rigueur, loger ses excuses soit au greffe du tribunal, soit entre les mains du notaire, suivant qu'il a été procédé devant l'un ou devant l'autre, afin qu'il en soit disposé comme il vient d'être dit (280).

D'après une législation assez récente, les protonotaires ont été autorisés, concurremment avec les tribunaux et les juges, à recevoir toutes assemblées de parents, et à décider, comme le pourrait faire le tribunal ou le juge, toutes les questions qui peuvent y être soumises.

Ce pouvoir nouveau conféré aux protonotaires, a paru aux commissaires exorbitant et sujet à inconvénients dans plusieurs cas ; pour ces raisons ils ont cru devoir rétablir la loi telle qu'elle était sur le sujet, d'après l'ancienne jurisprudence et la pratique constante en France et dans la province, et, à cette fin, ils ont proposé de modifier les articles 280 et 281 de manière à décharger ces officiers des devoirs qui leur avaient ainsi été imposés. (Cette suggestion n'a pas été sanctionnée par la Législature.)

Outre les excuses mentionnées dans cette section, l'indigence et l'ignorance étaient admises comme telles par le droit romain, introduit par la jurisprudence des tribunaux en France, même dans les pays coutumiers. Le Code Napoléon ne reconnaît pas ces excuses ; les Commissaires suivent cet exemple d'autant plus volontiers, qu'en France elles n'étaient pas strictement admises, tandis que dans nos usages elles ne le sont pas du tout. Nous tenons, d'après notre système, que c'est aux parents et aux juges à décider si, malgré sa pauvreté ou son ignorance, la personne à laquelle la tutelle devrait autrement appartenir, n'est pas propre à en remplir les devoirs. Si elle ne l'est pas, ils ont le pouvoir d'en nommer une autre ; et dans le cas où la partie se plaindrait de l'omission, elle devrait être renvoyée de sa plainte par le

tribunal, parce que c'est l'intérêt du mineur qui doit être consulté, et non celui des aspirants à la tutelle.

SECTION IV.—DES INCAPACITÉS, EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE TUTELLE.

Dans les arrêtés de Lamoignon, d'où bon nombre des dispositions de ce titre ont été tirées, l'on confond en général les excuses avec les incapacités ; pourtant il y a entre les deux une grande différence. L'excuse exempte mais n'exclut pas ; l'incapacité, au contraire, met obstacle à la nomination, et la rend nulle si elle est faite. Le Code Napoléon fait cette distinction, que les Commissaires ont suivie ; dans la section précédente il a été question des excuses ; la présente traite des exclusions et des destitutions, c'est-à-dire quelle détermine quelles personnes sont incapables d'être tuteurs, quelles sont les causes qui produisent les incapacités, et qu'elles sont les cas ou ceux qui ont été nommés peuvent être destitués, pourquoi et comment cette destitution est prononcée.

Sont incapables de la tutelle, les mineurs, excepté le père et la mère, (le premier étant tenu d'agir, tandis que la mère peut être nommée sans être obligée d'accepter) ; les interdits ; les femmes, autres que la mère, et les autres ascendantes, qui en sont capables, en viduité, ou conjointement avec leur second mari : ceux qui ont, ou dont le père et la mère ont avec le mineur un procès important (282).

Sur cet article il faut remarquer que, par le droit romain, le père mineur ne pouvait pas être tuteur de ses enfants ; il en était ainsi, à plus forte raison, de la mère. D'après l'ancienne jurisprudence le père mineur pouvait l'être, mais la charge était interdite à la mère mineure, suivant l'avis de plusieurs auteurs. D'autres sont d'avis contraire. Le Code Napoléon a tranché la question ; il a accordé le droit à la mère, mais il ne lui impose pas l'obligation ; elle peut s'excuser, ce que ne peut pas faire le père ; différence qui paraît raisonnable et conforme au droit ancien. En conséquence, ce premier paragraphe de l'article est soumis comme loi actuelle.

La mère et l'aïeule nommées tutrices en viduité perdent cette charge en se remariant, mais elles peuvent être nommées de nouveau conjointement avec leur mari, et s'il n'est pas nommé un autre tuteur, le nouveau mari est responsable de la gestion (283). Le condamné à une peine infamante est aussi incapable de la tutelle, et destituable si elle lui a été conférée auparavant (284) ; il en est de même (sont exclues et destituables) des personnes dont l'inconduite, l'incapacité ou l'infidélité sont généralement connues (285). Comme règle générale, les causes qui excluent d'avance de la tutelle en font aussi destituer le tuteur après sa nomination.

Avant de laisser le sujet des causes d'exclusion, il est à propos de dire que l'on a omis dans ce projet l'article 445 du Code Napoléon, qui décrète que " tout individu qui aura été exclu et destitué de la tutelle, ne peut être membre d'un conseil de famille." Cette disposition ainsi posée a paru injuste, contraire aux vrais principes, et fondée sur les notions du droit romain, qui déclaraient infâme, et comme tel incapable de toute charge publique, celui qui était exclu ou destitué de la tutelle pour cause de dol. Ainsi restreinte, la disposition serait moins injuste, pourtant elle le serait encore en ce qu'elle imposerait à perpétuité au caractère de l'individu une tache indélébile, sur une procédure sommaire et indirecte, dans laquelle il ne saurait avoir les moyens de défense et de protection auxquels il a droit sur un sujet de cette importance.

Une autre observation à faire, c'est que d'après l'ancienne jurisprudence en France, les évêques, les prêtres et curés ayant charge d'âmes, étaient aussi exclus de la tutelle, et probablement destituables s'ils y avaient été appelés avant d'être promus à ces dignités. Cette exclusion n'est pas admise au Code Napoléon qui s'est contenté (art. 420) d'exempter de la charge plusieurs dignitaires, officiers et fonctionnaires publics qui cependant ne sont pas disqualifiés.

Les Commissaires n'ont cru devoir adopter ni cette exemption de l'article 420 du Code, ni l'exclusion de l'ancien droit.

Ni l'une ni l'autre n'a été pratiquée dans la province, la dernière surtout parait contraire à nos mœurs et à l'intérêt des mineurs, auxquels il serait souvent avantageux d'avoir pour tuteur les personnes que l'on voudrait ainsi disqualifier; ces charges peuvent tout au plus être invoquées comme raison d'excuse, qui pourra être admis, ou rejetée suivant les circonstances, à la discrétion du juge et du conseil de famille consulté.

La destitution se prononce par le tribunal, à la demande des parents et alliés du mineur, du subrogé-tuteur ou de tout autre intéressé (286), sur avis du conseil de famille et sur preuve des faits allégués (287). Cette demande se fait par action civile, et est sujette, quant à la juridiction, aux règles générales qui seront tracées au Code de procédure sur les assignations.

Le jugement est motivé et ordonne la reddition de compte et la nomination d'un nouveau tuteur (288); et pendant le litige l'administration de la personne et des biens reste au tuteur, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement (289).

L'article 449 du Code Napoléon, qui permet aux parents et alliés du mineur d'intervenir sur la demande en destitution, est omis, parce que l'on a cru devoir laisser ce cas régi, comme les autres cas d'intervention, par les règles générales sur le sujet.

SEC. V.—ADMINISTRATION DU TUTEUR.

Cette section détermine les devoirs et obligations du tuteur, et ses pouvoirs sur la personne et les biens du mineur.

Comme notre système n'admet que la tutelle dative, la présente section, qui n'a à s'occuper que de celle-là, diffère beaucoup de celle correspondante au Code Napoléon, laquelle comprend les règles relatives aux quatre espèces de tutelle reconnues par le Code, ainsi qu'il a déjà été dit.

L'une de ces différences, qu'il est bon de signaler d'abord, est que le Code Napoléon ne contient pas de dispositions pour obliger le tuteur à prêter serment. La raison probable de

cette omission est que le tuteur légitime, en France, n'étant pas tenu de le prêter, l'on n'a pas voulu faire de différence entre les diverses classes de tuteurs ; on a préféré les exempter tous du serment. Cette raison n'existant pas pour nous l'omission a dû être suppléée ; c'est ce qui est fait par l'article 291 ci-après.

L'administration du tuteur s'étend sur la personne et les biens du mineur. Il prend soin de l'une et administre les autres, mais il lui est défendu de les acheter ou de les prendre à ferme ; il ne peut même se faire céder aucune des dettes dues par son pupille (290).

Cet article, conforme au droit romain et à l'ancienne jurisprudence, diffère de l'article 451 du Code Napoléon, en ce que ce dernier permet au tuteur de prendre à ferme les biens du mineur, "si le conseil de famille autorise le subrogé-tuteur à lui en passer bail,"—disposition nouvelle, à laquelle l'on préfère l'ancienne règle, qui est plus conforme à nos usages, et qui, interprétée comme elle doit l'être, permet au juge d'autoriser l'affermage, si, sur l'avis du conseil de famille, il est regardé comme avantageux au mineur.

Avant de s'immiscer dans la gestion, mais aussitôt que sa nomination lui est connue, le tuteur doit prendre le serment d'office (291) ; après quoi il fait lever les scellés, s'ils ont été apposés, et procéder, en présence du subrogé-tuteur, à l'inventaire des biens, dans lequel il doit déclarer, à peine de déchéance, tout ce qui peut lui être dû par le mineur (292) ; puis il doit faire vendre, dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, après publications et affiches, à l'enchère, tous les meubles autres que ceux qu'il est tenu ou qu'il a droit de conserver en nature (293).

Dans les six mois qui suivent la vente, le tuteur, après avoir acquitté les dettes, doit placer les deniers qui lui restent, ainsi que ceux qu'il a trouvés lors de l'inventaire ou qu'il a reçus ou dû recevoir des débiteurs du mineur (294) ; il fait également emploi, pendant la tutelle, des capitaux qui lui sont

remboursés et de l'excédant des revenus sur les dépenses nécessaires, et cela sous un délai raisonnable, à mesure qu'il a ou a dû avoir une somme suffisante pour composer un placement convenable (295). A défaut de faire les placements, il doit les intérêts sur les sommes qui auraient dû ainsi être placées, à moins qu'il ne justifie qu'il n'a pu le faire ou qu'il en a été dispensé (296). Cette dispense peut être accordée sur l'avis du conseil de famille, par le juge, et même, suivant une législation récente, (S. R. B. C., ch. 78, sects. 23, 24, 25), par les protonotaires, auxquels, ainsi qu'il a été dit sur les articles 279 et 280, ont été accordés, concurremment avec les juges, des pouvoirs judiciaires très étendus, que les commissaires avaient cru convenable de proposer de restreindre et même de rappeler entièrement dans certains cas, dont le présent, ainsi que ceux mentionnés aux articles 297, 298, 315 et 321, formaient partie. Un article avait été soumis, comme amendement à la loi actuelle, tendant à enlever au protonotaire le pouvoir discrétionnaire accordé au juge, de dispenser le tuteur de faire les placements requis ou de lui accorder délai pour les faire. (Ces remarques également appliquables aux articles qui viennent d'être mentionnés et aux autres dans le même cas, n'ont pas été adoptées par la législature.)

Ainsi le juge ou le protonotaire peut autoriser le tuteur à emprunter pour le mineur, aliéner et hypothéquer ses immeubles, et même à céder et transporter ses capitaux, et les actions où intérêts qu'il peut avoir dans les banques ou autres institutions commerciales et industrielles (297) ; autorisation qui ne s'accorde que lorsqu'il y a avantage évident, ou nécessité absolue, constatée par l'état sommaire que doit fournir le tuteur, auquel, dans tous les cas, l'on indique les biens à vendre ou à hypothéquer et les conditions sous lesquelles ils doivent l'être (298). Au cas de vente, elle se fait en justice, en présence du subrogé-tuteur, publiquement, après affiches et publication (299) ; formalités qui ne sont cependant, pas requises,, si la vente se fait par licitation ordonnée judiciairement sur provocation d'un co-propriétaire ; au-

quel cas il suffit de suivre les formalités ordinaires, et d'admettre les étrangers comme enchérisseurs (300).

D'après l'ancien droit le tuteur pouvait de lui-même accepter ou répudier la succession dévolue à son mineur ; mais ce dernier était toujours restituable; l'article 301 le déclare ainsi. Mais les commissaires ont préféré la règle nouvelle introduite par l'article 461 du Code Napoléon, qui veut que le tuteur ne puisse faire ces actes sans y être autorisé par le conseil de famille, et que l'acceptation n'ait lieu que sous bénéfice d'inventaire ; en conséquence a été préparé et est soumis en amendement à la loi actuelle, l'article qui exige pour la validité de l'acceptation ou de la répudiation par le tuteur l'autorisation préalable du juge et l'avis du conseil de famille ; avec ces formalités le mineur n'est plus restituable comme tel.

Une autre disposition nouvelle, aussi empruntée du Code Napoléon (462), se trouve en notre article 302, d'après lequel la succession, ainsi répudiée, peut, tant qu'elle n'est pas acceptée par un autre, être reprise pour le mineur par le tuteur autorisé, ou par le mineur lui-même devenu majeur, mais seulement dans l'état où elle se trouve alors, et sans pouvoir attaquer les actes légalement faits pendant la vacance. Ce changement à la loi actuelle a été adopté pour les raisons données par les auteurs cités au bas de notre article. La faculté ainsi accordée au mineur peut lui être avantageuse sans faire injustice aux tiers.

Quant à la donation faite au mineur, elle peut être acceptée par le tuteur, par ses père et mère et autres ascendants, sans autorisation (303). Pothier (Don. 445 et 461,) pense que le mineur lui-même peut accepter ; mais Ricard et les autres auteurs cités en marge, (Meslé, Sallé sur Ord. de 1731. p. 4, 5 et suiv.) sont d'avis contraire, et l'Ordonnance de 1731, article 7, qui paraît avoir résumé sur le sujet le droit antérieur ne reconnaît pas ce droit chez le mineur. Le Code Napoléon (art. 463) ne parle que du tuteur, qui même ne peut accepter sans l'autorisation du conseil de famille. L'ancienne règle

a été préférée comme étant d'une application plus simple et plus générale.

Les actions sont portées aù nom du tuteur, sauf celles pour gages au montant de cinquante piastres, que le mineur âgé de quatorze ans peut intenter seul (304).

Un article copié de l'article 464 du Code Napoléon posait pour règle que le tuteur ne peut poursuivre, sans autorisation pour les droits immobiliers du mineur. Cette doctrine contraire à l'opinion de Pothier, à l'ancienne jurisprudence et à la nôtre, après discussion a été rejetée, et en conséquence, l'article d'abord proposé a été omis, et celui (304) adopté avec deux additions prises de nos propres statuts ; l'une, (S. R. B. C., ch. 82, sect. 45), qui permet au mineur de poursuivre seul, pour gages, droit limité cependant à vingt-cinq piastres, mais que notre article, amendant la loi actuelle, étend à la somme de cinquante piastres ; l'autre, fondée sur le chap. 37, sect. 33 des S. R. B. C., requérant, à peine de nullité de l'action, l'enregistrement préalable de l'acte de tutelle (304).

D'après l'ancienne jurisprudence, le tuteur ne peut provoquer un partage définitif des immeubles du mineur, mais il peut sans autorisation défendre à l'action qu'on lui intente à cette fin. Le Code Napoléon (art. 465) lui permet de demander le partage s'il y est autorisé par le conseil de famille, et pourvu qu'il se conforme aux conditions imposées dans l'article 466. Les commissaires ont conservé l'ancienne règle, comme plus d'accord avec nos usages et avec nos notions sur l'aliénation des biens des mineurs (305).

Le tuteur ne peut appeler sans autorisation (306) ; elle lui est également indispensable pour transiger ; mais ainsi autorisée la transaction vaut comme si elle était faite avec un majeur (307).

Cette dernière disposition, prise du Code Napoléon (art. 467), et conforme au principe déjà adopté (301), quant au droit du mineur d'être restitué, est contraire à l'ancienne jurisprudence et est partant soggérée comme àmendement.

Sec. VI.—du compte de la tutelle.

Non seulement le tuteur est comptable de sa gestion, lorsqu'elle est terminée (308), mais il peut être obligé, même pendant la tutelle, de fournir des états sommaires de son administration, de temps à autre, sur la demande des parents et alliés, du subrogé-tuteur, et de tous autres intéressés (309). Cette obligation est conforme à l'ancien droit, le tuteur, s'il s'y refuse, peut y être contraint par le tribunal, quoique l'article n'en dise rien. Elle a été modifiée par le Code Napoléon (art. 470), qui veut que ce soit le conseil de famille qui fixe les époques où ces états seront fournis, ce qui ne peut excéder une fois chaque année, et qu'ils soient produits au subrogé-tuteur ; modifications dont les commissaires ne sentent pas l'avantage et qui s'accordent peu avec le système adopté sur le sujet.

Le compte définitif se rend au mineur devenu majeur ou émancipé; les frais en sont avancés par le tuteur, mais ils sont à la charge du mineur (310). Ce compte doit être détaillé et accompagné des pièces justificative ; à défaut de quoi tout traité relatif à la gestion, fait entre le tuteur et son pupille, est radicalement nul)311).

Les contestations relatives au compte se jugent comme les autres procès civils (312).

Si la balance est en faveur du mineur, elle porte intérêt, sans demande, à compter de la clôture du compte ; si elle est contre lui, le tuteur ne peut en exiger l'intérêt que du jour de la demande judiciaire qu'il en fait (313). Un article qui déclarait prescriptible par trente ans le droit d'action du mineur relatif aux faits de la tutelle, a été omis, le sujet appartenant plus directement au titre des prescriptions.

Chap. III.—de l'émancipation.

L'émancipation dont il s'agit ici n'est pas celle des Romains, par laquelle un père mettait hors de sa puissance le fils qui, quoique majeur, y était encore soumis. Cette émancipation,

suivie en France dans les pays de droit écrit, ne l'était pas dans ceux de coutume. La nôtre, qui est celle suivie dans ces dernières, se réduit à constituer le mineur administrateur de ses biens, en l'affranchissant de la tutelle, pour le placer sous la protection d'un curateur chargé de l'assister dans les actes qui excèdent les pouvoirs que la loi lui confère, et qu'il ne peut faire seul.

Cette émancipation diffère également de celle adoptée par le Code Napoléon, qui admettant, comme il a été dit déjà (sur le titre VIII) la puissance paternelle, a dû permettre à ceux à qui elle appartient d'en affranchir ceux qui y sont assujétis : c'est à quoi il a pourvu par l'article 477.

L'émancipation reconnue parmi nous est celle admise dans le ressort du parlement de Paris, où, comme parmi nous, le mariage la produisait. Elle s'effectuait aussi, en France, par lettres du Prince. Cette dernière espèce d'émancipation est remplacée dans la province par celle reconnue en l'acte de 1794 (34 Geo. III. ch. 6); lequel, sect. 8, statue comme suit: " chacune des susdites cours du banc du Roi, dans les termes " supérieurs, aura le pouvoir d'accorder l'émancipation des " mineurs sur l'avis de leurs parents et amis."

Or ce pouvoir a été depuis transféré aux diverses cours qui ont succédé à celle ci-dessus, et aux juges, et plus récemment aux protonotaires, comme il a été dit, par différents statuts dont les dispositions relatives à l'émancipation sont réunies dans le chap. 86 des Statuts Refondus du Bas-Canada.

Les articles de ce chapitre sont à l'effet de formuler les règles touchant cette double émancipation, (celle produite par le mariage et celle accordée par le tribunal ou le juge); règles fondées sur l'ancienne jurisprudence française, modifiée par nos statuts.

Comme il vient d'être dit, l'émancipation résulte de deux causes, du mariage, qui la produit de plein droit, (314) et de l'acte du tribunal ou du juge, qui peut, sur avis du conseil de famille, émanciper le mineur non-marié, à sa propre demande, à celle de son tuteur et de ses parents et alliés, (315) sauf revi-

sion par le tribunal lorsque l'émancipation est accordée hors de cour, et appel du jugement qui intervint sur cette revision (316) ; qu'elle résulte du mariage ou qu'elle soit accordée en justice, il doit être nommé un curateur au mineur émancipé (317).

Ce curateur assiste au compte que rend le tuteur, compte que le mineur ne peut recevoir seul (318).

Il lui est cependant permis de passer les baux qui n'excèdent pas neuf ans, de recevoir ses revenus, en donner quittances, et faire tous les actes d'administration sans être restituable contre ces actes dans tous les où le majeur par ne le serait pas (319). La première partie de l'article est de droit ancien, la deuxième est de droit nouveau.

Autrefois le mineur faisait valablement tous les actes énumérés en notre article, mais s'il était lésé dans ces contrats, il était restituable sur preuve de cette lésion. Cette doctrine était entravante et nuisible au mineur lui-même dans bien des cas. Le Code Napoléon (art. 481) a introduit le changement qui vient d'être signalé, et dont les commissaires proposent l'adoption en amendement à la loi actuelle.

L'assistance de son curateur est nécessaire à l'émancipé pour porter une action immobiliaire ou y défendre (320). Sans elle il ne peut emprunter, et elle ne suffit même pas si les emprunts sont considérables et portent hypothèque ; alors il faut l'autorisation du juge sur avis du conseil de famille (321). Il en est ainsi pour la vente et l'aliénation de ses biens immeubles et pour tous les actes en général qui ne sont pas de pure administration ; dans tous ces cas il faut observer les formes prescrites au mineur non émancipé ; s'il a contracté des obligations, le tribunal peut les réduire, en appréciant s'il y a eu excès, d'après sa fortune et suivant les circonstances (322).

Au reste, le mineur qui fait commerce est réputé majeur pour les faits de ce commerce (323).

Cet article est conforme à l'ancien droit ainsi que le prouvent les autorités qui y sont citées ; il diffère cependant de

l'article 487 du Code Napoléon qui lui correspond, en ce que ce dernier exige que le mineur, pour contracter valablement non seulement fasse commerce, mais de plus qu'il ait été préalablement émancipé. Cette réquisition est de droit nouveau et ne paraît pas nécessaire.

Avant de quitter le sujet de l'émancipation, il convient de dire pourquoi ont été omises les dispositions des articles du Code Napoléon, 485 et 486, qui pourvoient au cas où l'émancipé ayant abusé de sa liberté, en est privé et est remis en tutelle où, cette fois, il demeure jusqu'à sa majorité.

D'abord ces dispositions sont de droit tout nouveau. L'espèce de destitution d'émancipation des Romains se bornait à permettre au père qui avait émancipé son fils, de révoquer cette émancipation lorsque ce dernier se rendait coupable d'ingratitude. En France l'on ne trouve aucune trace de révocation d'émancipation par le juge et les parents; là, le mineur émancipé qui dissipait son bien et se rendait coupable d'actes de prodigalité se trouvait dans la position du majeur à qui l'on peut faire les mêmes reproches, et, comme lui, il pouvait être interdit, s'il le méritait; mais alors c'était une véritable interdiction. On lui nommait non un tuteur comme au mineur, mais un curateur comme à l'interdit. Ce remède qui existe dans notre droit a paru suffisant, et préférable aux dispositions des articles omis, lesquels sont critiqués par plusieurs auteurs et entre autres par Proudhon.

TITRE NEUVIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

246. Tout individu de l'un ou de l'autre sexe demeure en minorité jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-un ans accomplis.

TITLE NINTH.

OF MINORITY, TUTORSHIP AND EMANCIPATION.

CHAPTER FIRST.

OF MINORITY.

246. Persons of either sex remain in minority until they attain the full age of twenty-one years.

---

* *S. R. B. C.*, *ch.* 34, *sec.* 1. } L'âge de majorité, dans le Bas-Canada, pour toute fin que ce soit, sera l'âge de vingt-un ans calculé du jour de la naissance. (23 G. 3, c. I, s. 1.)

---

* 4 *Pandectes Frs. p.* 474. } La loi du mois de septembre 1792 fixa cette époque (la majorité) pour toute la France, à vingt-un ans.

Le Code civil adopte cette disposition. Ainsi, la majorité est acquise le premier jour de la vingt-deuxième année. Elle ne l'est qu'à cette époque car la loi dit, vingt-un ans accomplis. Or, la vingt-unième année n'est accomplie, que quand le dernier jour de cette année est révolu.

Mais elle est acquise aux premiers instants du premier jour de la vingt-deuxième année, suivant la maxime que dans tous les termes fixés pour les intérêts, et la liberté du citoyen, le jour commencé est censé accompli. *Quotiès de commodo agitur dies inceptus, pro completo habetur, ff. de Reg. Jur.*

Cette majorité est pleine et entière, comme autrefois celle de vingt-cinq ans. Elle rend celui qui l'a acquise parfaitement habile à toutes sortes d'actes et de traités.

[ARTICLE 246.]

* 10 *Fenet*, p. 544 *et suiv.* } *M. Berlier* présente le projet de loi sur *la minorité*, la tutelle *et l'émancipation.*

Le ch. 1er. intitulé *des Mineurs*, est soumis à la discussion. Il est ainsi conçu :

Art. 1er. " Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de vingt-un ans accomplis."

Art. 2. " Jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, le mineur, considéré comme absolument incapable de se conduire lui-même et de régir ses biens, est placé sous la direction d'un tuteur."

Art. 3. " A dix-huit ans accomplis, le mineur peut obtenir par l'émancipation, l'administration de ses biens, il ne peut agir pour le surplus qu'avec l'assistance d'un curateur."

Le consul Cambacérès dit que la première question à examiner est celle de savoir à quel âge la majorité sera acquise.

M. de Defermon dit que, dans tous les temps, la majorité a été fixée à vingt-cinq ans.

M. Berlier répond que, d'une part, le projet de loi relatif aux actes de l'état civil, actuellement soumis à la discussion devant le corps législatif, renferme plusieurs dispositions qui supposent la majorité acquise à vingt-un ans, qu'ainsi la critique est tardive.

Qu'en second lieu, malgré l'empire des anciennes habitudes, aucun des tribunaux consultés n'a réclamé contre la nouvelle fixation, sintroduite d'ailleurs par la loi du 29 septembre 1792, et pratiquée depuis.

Qu'enfin il a bien fallu faire coïncider la majorité civile avec la majorité politique, que la constitution fixe à vingt-un ans.

.........M. Portalis demande la suppression de l'art. 2 et de l'article 3 parce que leurs dispositions se trouvent répétées ailleurs, l'article 1er. est adopté. L'article 2 et l'article 3 sont retranchés.

* *C. N.*, 388. } Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point l'âge de vingt-et-un ans accomplis.

---

247. L'émancipation ne fait que modifier l'état du mineur, mais elle ne met pas fin à la minorité, et ne confère pas tous les droits résultant de la majorité.

247. Emancipation only modifies the condition of the minor; it does not put an end to the minority, nor does it confer all the rights resulting from majority.

---

* 6 *Guyot*, *Répert.*, *Vo. Emancipation*, *pp.* 659, 660. } L'émancipation met les enfants hors de la puissance paternelle.

L'effet de l'émancipation est de donner aux mineurs le droit d'administrer leurs biens, de contracter et de s'obliger personnellement pour raison de cette administration, sans espérance de restitution; ils ne peuvent cependant ni aliéner, ni hypothéquer leurs immeubles, sans décret du juge.

Ferrière, *Dict. de droit*, *Vo. Emancipation.* } Cette émancipation n'a point d'autre effet que de délivrer le fils de la puissance paternelle, d'ôter au père l'usufruit qu'il aurait pu avoir sur les biens de son fils, et de rendre ce fils capable de s'obliger pour prêt d'argent, sans le consentement de son père, pourvu qu'il ait l'âge requis pour cela.

Voy. art. 314 et suiv., C. C. B. C.

---

248. Les incapacités, les droits et privilèges résultant de la minorité, les actes et poursuites dont le mineur est capable, les cas où il peut se faire restituer, le mode et le temps de faire la demande en restitution, toutes ces questions et autres en résultant sont réglées au livre troisième du présent code, et au Code de procédure civile.

248. The disabilities, rights and privileges resulting from minority, the acts the minor may do and the suits he may bring, the cases in which he may demand to be relieved, the manner and time of making the demand, and other like questions, are determined in the third book of the present Code, and in the Code of Civil Procedure.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE LA TUTELLE.

SECTION I.

DE LA NOMINATION DU TUTEUR.

249. Toutes les tutelles sont datives. Elles sont déférées sur avis du conseil de famille, par les tribunaux compétents, ou par un des juges qui les composent, ayant juridiction civile dans le district où le mineur a son domicile, ou par le protonotaire du même tribunal.

CHAPTER SECOND.

OF TUTORSHIP.

SECTION I.

OF THE APPOINTMENT OF TUTORS.

249. All tutorships are dative; they are conferred on the advice of a family council, by a competent court or by any judge of such court, having civil jurisdiction in the district where the minor has his domicile, or by the prothonotary of such court.

Voy. C. Civ. B. C., art. 922.

[ARTICLE 249.]

* *Pothier, Intr. aux Cout., tit.* 9, *art.* 183. } " Tutelle (1) d'enfans mineurs se doit donner (2) par eslections (3) de cinq des proches parens (4) ou affins (5) ; et au défaut d'eux, faut appeller des voisins : laquelle eslection se fera du plus prochain parent (6) habile à succéder (7), idoine (8), capable (9) et suffisant (10). Et dure la dite tutelle pour les masles, jusques à l'aage de quatorze ans (11) et aux filles jusques à l'aage de douze ans. Toutesfois quand les masles auront atteint l'aage de onze ans et les filles l'aage de neuf ans leur sera pourveu de tuteur qui demeurera curateur jusques à l'aage de ving-cinq ans."

(1). Cet article est de la tutelle dative, qui a lieu au défaut de la légitime.

(2). Par le juge du domicile du mineur, qui est celui qu'avait le dernier mort de ses père et mère lors de son décès.

(3). C'est-à-dire que le juge doit nommer pour tuteur celui qui est élu par les parents ou affins, convoqués à cet effet devant lui.

(4). Pour le moins ; mais on peut en convoquer un plus grand nombre. On en convoque ordinairement six ; trois du côté paternel et trois du maternel.

(5). Les affins sont ceux qui ont épousé une parente du mineur, laquelle est vivante ou dont ils ont des enfants.

(6). Ou affin.

(7). Soit de son chef, soit de celui de sa femme ou de ses enfans. Le sens de la coutume est qu'on doit préférer dans le choix, pour cette charge, le parent ou affin qui est le plus proche en degré, et qui est habile à succéder aux autres parens ou affins, s'il n'y a aucune bonne raison de lui préférer un parent ou affin plus éloigné, suivant cette maxime de droit ; *æquum est ut eum spectet onus tutelæ quem hereditatis commodum spectaret.* (*L.* 73, *ff. de reg. jur. L.* 1, *ff. de legit. tut.*)

(8). C'est-à-dire, qui soit en état de gouverner la personne

et les biens des mineurs. Un homme de mœurs déréglées n'est pas idoine au gouvernement de la personne du mineur : l'infirmité, l'ignorance, telle que celle d'un homme qui ne sçait ni lire ni écrire, et n'a aucune expérience d'affaires, empêchent qu'une personne soit idoine.

(9). Ceux qui sont en démence, les interdits, les mineurs, les femmes, ceux qui sont notés d'infamie, et à plus forte raison ceux qui sont morts civilement, et les aubains ne sont pas capables; car la tutelle est une fonction civile, *civile munus*, *publicum munus.* Néanmoins un aubain peut être tuteur de ses enfans aubains ou Français, même de ses autres parens.

(10). Ceux qui ont fait faillite, ou qui sont notoirement insolvables, ne sont pas suffisans ;

(11). La fin de cet article ne se pratique plus : la tutelle dure jusqu'à la majorité ou l'émancipation.

---

* *Pothier, Des personnes, Tit. VI*, § 2. } La tutelle dative est celle qui est donnée par le Juge du domicile du mineur. Pour cet effet, la famille du mineur s'assemble devant le Juge qui, sur son avis, nomme un tuteur aux mineurs.

---

* *Meslé, Minorité, p.* 8. } La tutelle est définie un droit ou force, et pouvoir donné et permis par le droit civil dans une personne libre pour garder celui qui, par son bas âge, n'est pas en état de se défendre lui-même, *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui per ætatem sponte se defendere nequit. L.* 1, *ff. de tutelis.* Seipsum defendere nequit, § 1, Instit. *De tutel.* Les tuteurs sont ceux qui ont cette force et ce pouvoir. Ils sont dits Tuteurs du terme *tueri*, garder ou défendre ; tuteurs, comme qui dirait gardien, son défenseur, L. 1, § 1, ff. § *est autem. Instit. de tutelis.*

Id. p. 9. En pays coutumier sous le nom de tutelle on n'en connait qu'une sorte, qui est la dative. C'est de là que dans les arrêtés de M. le Premier Président de Lamoignon, est cet article : toutes les tutelles et curatelles comptables des mineurs sont datives, et doivent être déférées par les Juges sur l'avis des parents et dits mineurs.

Id. p. 85. Que si le tuteur ou curateur non régulièrement donné par le père, est confirmé sans information, *citrà inquisitionem*, comme le dit la loi 6, *de confirmand. tutel.* § le 2 de la loi 1, au même titre, dit seulement, que le plus souvent le Juge ne cherche rien de plus que la volonté du père, *nihil ampliùs, ut plurimum inquirit qui præest.* Il se peut donc faire que le juge doive en quelque cas s'informer, et même ne pas suivre la volonté du père, comme on l'a vû dans l'espèce des lois 8, 9 et 10. *de confirmand. tutel.* Ces lois ne parlent que du tuteur non régulièrement donné ; mais le § 3. de la loi 3, au ff. *De administ. et pericul. tut.* semble être dans le cas du tuteur régulièrement donné par le testament du père, et dit même chose, que quoique le prêteur permette de confier la tutelle à celui à qui le testateur l'a déléguée, cependant il s'en écarte quelquefois ; par exemple, si le père l'a fait peu considérément, étant peut-être mineur de vingt-cinq ans, on l'a fait dans un temps où le tuteur paraissait être de bonne vie ou de bonne conduite, et que dans la suite après cela il a commencé à se mal comporter, le testateur ne le sachant pas, ou si l'administration lui a été confiée en considération des biens dont il a été dans la suite dépouillé......

Id., p. 86. } Ces cas où il est nécessaire de ne pas suivre la volonté du testateur dans le choix du tuteur font voir la justice tant de l'authentique inséré dans le § 5, de la loi 17, au C. de *curat. furios.* qui ordonne que tout tuteur prête serment en jugement, que des dispositions des Coutumes qui veulent que le tuteur soit confirmé et prête serment

devant les Juge, les parens appelés, car la prestation de serment devant le Juge le met dans l'occasion de s'instruire par avis de parens ou autrement, de la capacité du tuteur, et l'assemblée de parens est en état de rendre témoignage au Juge, s'il n'y a rien qui ait été ignoré du testateur, et qui puisse faire entendre que le tuteur testamentaire n'est pas capable de l'être. C'est ce qui a rendu universelle la maxime que les tutelles sont datives en France, même dans les Parlements de droit écrit.

Id., p. 87. } Le terme *inquisitio*, enquête ou information, employé dans le droit, est exprimé dans l'usage par le terme d'avis de parens ou d'amis.

Id.,p. 106. } Les tuteurs sont établis pour gouverner les biens du mineur, et pour lui fournir l'entretien et l'éducation à proportion de ce qu'il a de bien, de manière que la dépense de l'entretien augmente ou diminue suivant les augmentations ou diminutions qui surviennent au bien du mineur, et le tuteur n'est point tenu de fournir à ses dépens l'entretien du mineur, *Sed si egeni sunt pupilli de suo eos alere tutor non compellitur, et si fortè post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, diminui debent quæ decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit, L* 3, § 6. *ff. Ubi pupillus educari vel morari debeat,* lib. 27, tit. 2. D'où il suit que si le mineur n'a pas de biens à gouverner, il n'a pas ordinairement besoin de tuteur, *Rarum est*, dit d'Argentré sur Anc. Cout. de Bretagne, art. 475, Glose 5, n° 1, parlant des mineurs qui n'ont pas de biens, *ut tales indigeant tutoribus, cum in re nihil est quod tueri oporteat.*

*Id.,p.*110. } Le juge du domicile du pupille lui doit pourvoir de tuteur, parce que le tuteur est donné principalement à la personne, *L.* 1, *in fine dig. De tut. et cur. datis ab his*, et s'entend le domicile être celui de feu son père qui est l'originaire, car le pupille ne peut avoir aucun domicile constitué à cause de son bas âge. Coquille sur l'art. 4 du

tit. des tutelles de la Cout. de Nivernois. Déclarons, dit l'art. 5 de l'édit du mois de Mars 1697, que le domicile des fils et filles de famille mineurs de 25 ans pour la célébration de leur mariage est celui de leurs pères, mères, ou de leurs tuteurs et curateurs après la mort de leurs pères et mères.

Id., p. 112. } Si c'est au Juge du domicile qu'il appartient de pourvoir le mineur, le Juge du domicile a la garde de la personne et des biens du mineur, jusqu'à ce qu'il soit pourvu de tuteur ou curateur. La justice se décharge pour ainsi dire sur le tuteur ou le curateur qu'elle donne de la garde qu'elle avait du mineur avant qu'il fut pourvu. Le décès des père et mère saisit la justice de la garde du mineur, et nul ne doit s'ingérer dans les biens du mineur, sans la permission du Juge ; c'est ce qui se trouve exprimé dans l'art. 490 de la Cout. de Bretagne, portant que nul ne se peut saisir des biens du mineur sans l'assentiment de celui qui en a la garde ; et justice à la garde du mineur et de ses biens tant qu'il soit pourvu, de manière pourtant que les parens demeurent les premiers chargés, et subsidiairement la justice.

---

* 1 *Bourjon.* (*Ed.* 1770, *p.* 47.) } Les tutelles sont datives, non légales ; on va voir avec quelle précaution on les défère : il est bon de se fixer d'abord à leur vraie qualité ; ce qui exclut la tutelle portée par le testament du père si elle n'est confirmée ; mais il est bien juste de la conserver, s'il n'y a de puissantes raisons pour la rejeter.

De là il suit que celui élu par les parents et confirmé par le juge est préférable à celui nommé par le père ; M. Louet, let. T., n° 2. Voyez le Journal des Aud. tôm, 1, liv. 2, ch. 71 ; arrêtés faits chez M. le Prés. de Lamoignon, des tuteurs. ch. 1 et 2.

Elles sont déférées par le juge sur l'avis des parents, qui, à cet effet, doivent être assemblés, par devant lui ; ils doivent

être au nombre de sept, trois du côté du survivant et quatre du côté du prédécédé, et au défaut des parents, on assigne des amis........

Le survivant des père et mère n'est pas de droit tuteur de ses enfants, puisque, parmi nous, ce n'est pas la loi qui défère cette qualité et que toute tutelle est dative ; le survivant des pères et mère n'est donc pas tuteur de droit ; cela est suite du principe qu'on a posé : en effet, il peut y avoir des inconvénients à admettre des tutelles purement légales, les tutelles datives sont plus prudentes, et vont plus droit à leur but que celles que le droit civil admet.

Nous ne suivons pas la disposition du titre des Instituts *de legitim. parent. tut.*, les père et mère ne sont tuteurs que lorsqu'ils sont nommés ; le survivant mineur ne peut être élu tuteur qu'à sa majorité, tout mineur étant incapable d'être tuteur suivant le § 13, *Inst. de excusat. tut.* Quand on dit qu'on ne suit pas le titre des instituts, c'est pour la thèse générale ; il y en a une exception qui est au sujet de l'acceptation des donations, pour laquelle les ascendants ont de droit la qualité de tuteurs. Voyez la dernière Ordonnance sur les donations.

...Dans le cas même que le survivant serait privé de la tutelle, il ne doit pas être privé de l'éducation de ses enfans, la nature la lui donne, et l'honnêteté publique l'y maintient, pourvu que la religion n'y souffre pas de préjudice.

Educatio pupillorum tuorum nulli majis quàm matri eorum, si non vitricum eis induxerit, commitenda est, l. 1, Cod. *ubi pupil. educ.* Voy. M. Robert, liv. 1, ch. 8. Cependant l'éducation des enfans d'un père catholique ne doit pas être donnée à la mère faisant profession d'autre religion. Arrêt du 27 Janvier 1638, rapporté par Bardet, tôme 2. liv. 7. ch. 8 ; Lapeyrère, lett. E, p. 117 : c'est juste exception à la règle et qui sert à la confirmer.

Dans ce cas, le tuteur doit payer une pension à ce survi-

vant, pour les nourritures et entretien de l'enfant, de l'éducation duquel il est chargé ; c'est la première délégation sur la masse des fruits et revenus de la tutelle que le tuteur doit faire et acquitter.

Tel est l'usage du Châtelet, fondé sur ce que le droit d'éducation, qui appartient au survivant, ne lui est pas accordé sous la condition de nourrir à ses dépens un enfant qui a des droits acquis.

---

* 17 *Guyot, Rép. Vo. Tutelle, p.* 313. } A quels juges appartient le pouvoir de nommer les tuteurs datifs? Ce pouvoir n'appartient qu'aux juges ordinaires. Un tribunal qui n'a qu'une juridiction limitée à certains objets ne peut nommer un tuteur.

Entre les juges ordinaires, il y a, pour la nomination des tuteurs, plusieurs règles qu'il est important de développer.

D'abord il est constant que le juge du domicile et celui de la situation des biens d'un mineur ont seuls le pouvoir de lui établir des tuteurs. C'est ce que prouve la loi unique, C. *ubi petantur tutores ;* la loi 10, D. *de tutelis*, et l'article 23 du ch. 60 des Chartes Générales de Hainaut.

Il a été rendu de nos jours deux arrêts célèbres qui ont maintenu et consacré irrévocablement ce point de droit commun. En voici l'espéce ;

La dame Alliot, épouse de M. de Pont, conseiller à la cour souveraine de Nancy, était accouchée clandestinement à Paris, d'un enfant qu'elle avait fait baptiser sous le nom du chevalier de Beauveau, qui s'en avouait le père naturel. Le lieutenant-civil du Châtelet, à qui l'on dénonça cette espèce de délit, nomma un certain Lalrade pour tuteur à l'enfant. Muni de cette qualité, Lalrade intervint dans une cause pendante à la cour souveraine de Nancy, entre le sieur et la dame de Pont, sur la validité de leur mariage : mais par arrêt du10 juin 1760,cette cour *déclara nul l'établissement de tu-*

teur fait en France ; fit défenses à Lalrade de prendre cette qua. lité en Lorraine, et à tous juges de la laisser prendre, sous telles peines que de droit.

Vaincu de ce côté-là, Lalrade s'imagina qu'il réussirait mieux à Paris, et rendit plainte au Châtelet en suppression de nom et d'état. La dame de Pont fut en effet décrétée de prise de corps ; mais elle en interjeta appel, et entre autres moyens, elle fit valoir le défaut de qualité de son accusateur ; défaut qu'elle prouva par l'incompétence du juge qui lui avait déféré sa tutelle. En vain Lalrade s'appuya-t-il sur la circonstance que l'enfant était né à Paris, que sa mère l'avait abandonné, que son père ne le réclamait pas ; tous ses efforts pour écarter l'argument qui résultait du domicile de M. de Pont à Nancy, furent unutiles. Par arrêt du parlement de Paris, du 17 Juin 1761, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général Séguier, toute la procédure faite au Châtelet et à la cour fut annulée, Lalrade déclaré *être sans droit et sans qualité*, et condamné à 30 livres de dommages-intérêts et aux dépens.

La règle confirmée par ces deux décisions est si constante, que par arrêt du parlement de Toulouse, du 27 Septembre 1544, il a été défendu au juge ordinaire de la même ville de pourvoir de tuteurs ceux qui ne seraient point de la juridiction, sous prétexte des instances qui pourraient être pendantes devant lui.

Nous avons dit que d'après la loi unique, *C. ubi petantur tutores*, que le juge de la situation des héritages du pupille peut aussi bien lui nommer un tuteur que celui du lieu où il est domicilié. Mais cela n'a plus lieu parmi nous que dans deux cas : le premier, lorsqu'un pupille domicilié hors du royaume a des biens en France ; le second lorsque les biens du pupille, quoique tous situés sous la domination du roi, sont dispersés, partie dans l'intérieur du royaume et partie dans les colonies françaises.

[ARTICLE 249.]

Ce dernier point est ainsi réglé par trois déclarations des 15 Décembre 1721, premier octobre 1741, et premier février 1743.

---

* 1 *Lamoignon*, *Arrê-* } Toutes les tutelles sont datives, et
tés, *p.* 8, *Des tutelles.* } doivent être déférées par les juges sur l'avis des parens des mineurs.

Abrogeons les tutelles testamentaires, légitimes, naturelle et coutumières.

---

* *Rousseau de Lacombe*, *Vo.* } Juge ne peut déférer de tu-
Tutelle, *sec.* 4, *Nos.* 1 *et* 2. } telle à des pupilles qui ne sont de son ressort, l. 1, § ult., l. 3, l. 24, *de tut. et cur. dat.;* l. 1, § 4, l. 13, § ult. *de excus. tut.;* l. 1, § 10 *de magistr. conven.;* l. 3, C. *qui pet. tut.;* l. 5, C. *qui dar. tut. vel. cur.*

Ainsi c'est le juge du domicile du pupille, qui est seul compétent pour déférer la tutelle, quoique ses biens soient hors du ressort du Juge, *quia personæ*, *non causæ*, *vel rei tutor datur*, § 4, *Inst. qui test*, *tut. dar.* Le Grand sur Troyes 17, gl. 4, n. 6, Arr. 20 mars 1646. J. Aud. Le Grand sur Troyes, 21 gl. 1, n. 3 et suiv......

En l'élection ou confirmation d'un tuteur qui doit être faite par avis de parens et alliés, et à leur dèfaut de voisins et amis, V. Nivern. ch. 30, art. 3 ; Orl. 183 ; Berry, tit. 1, art. 41 ; Aux. 255 ; Bourb. 180, l'on doit s'enquérir de ses mœurs, l. 21, § 5, *de tut. et cur. dat.* Quand il serait Sénateur, l. 18 eod. Quant aux facultés, le pauvre de bonnes mœurs doit être préféré au riche qui ne l'est pas, dict. l. 21, § 5, l. 8 de *susp. tut.*

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 303. } Les lois ayant confié aux juges le soin de protéger les mineurs, et de veiller à la conservation de leurs biens, elles leur ont confié une autorité proportionnée sur cette obligation. Mais comme une famille a le droit de veiller sur ses membres, elle a le

doit de donner son avis sur les événements qui les intéressent ; c'est ce qui fait appeler cette délibération *avis de parens.*

---

* 1 *Pigeau*, *p.* 71. } Lorsqu'un enfant mineur est sous la puissance de père et de mère, il n'est pas besoin de lui donner de tuteur, parce qu'il n'a ordinairement aucuns biens particuliers ; mais lorsqu'il en a, v. g. lorsqu'une personne lui a fait un legs ou une donation, et que pour raison des biens qui les composent, il faut intenter une action, le pé ni la mère ne le peuvent en leur qualité : il faut que le premier se fasse élire tuteur pour la gestion de ces biens et ce qui en dépend. Quelques coutumes lui donnent cependant une tutelle naturelle pour ses cas, et cela devrait avoir lieu partout, le père étant naturellement présumé affectionné au bien de ses enfants ; mais il en est autrement dans la coutume de Paris et nombre d'autres, où on l'astreint à se faire élire tuteur ; la raison qu'on en donne, est qu'il peut se faire qu'il ne justifie pas cette présomption d'attachement, et que l'assemblée de la famille devant le juge met celui-ci en état de voir si le père mérite qu'on lui confie la défense de l'intérêt de ses enfants, auquel cas on l'en charge ; mais s'il y a lieu de craindre qu'ils soient négligés, comme lorsque le père est débauché ou incapable, on nomme une autre personne.

Dans la plupart des pays coutumiers, si l'enfant mineur a perdu l'un de ses père et mère, ou tous les deux, comme il recueille des biens de leur succession, on lui donne aussi un tuteur ; c'est le père et la mère survivant, s'il n'y a de fortes raisons pour l'en exclure.

---

* 34 *Geo.* 3, *ch.* 6, *sec.* 8. } Et qu'il soit aussi statué par la dite autorité, que chacune des susdites cours du Banc du roi, dans les termes supérieurs ci-dessus établis, aura le pouvoir d'accorder l'emancipation des mineurs sur avis de

leurs parens ou amis... pourvu toujours et il est aussi statué que rien dans le présent acte ne s'étendra à accorder aux cours du Banc du Roi susdites aucun pouvoir de nature législative, possédé par aucune cour avant la conquête, ou à rendre nécessaire la présence et autorité de plus d'un seul des juges des dites cours du Banc du Roi dans toutes les matières qui requièrent célérité comme l'interdiction des personnes insensées, élection de tutelle, curatelle et autres avis de parens... et autres matières, de même nature, qui pourront être transigées, soit en cour, hors d'icelle ou hors de terme...

Sec. 9. Et comme il peut résulter beaucoup d'inconvénients, en exigeant la présence des parents ou amis devant un ou plus des juges des dites cours du Banc du Roi, pour donner leur avis et opinion sur élections de tutelles, curatelles aux absens ou aux biens vacans et autres matières qui exigent de tels avis et opinions, lorsque les dits parens et amis résident à la distance de cinq lieues et au-delà des villes de Québec et de Montréal, quoique dans les districts respectifs où telles cours peuvent avoir jurisdiction ; et afin d'y porter remède, qu'il soit de plus statué par la susdite autorité, que les dites cours du Banc du Roi, respectivement, ou aucun des juges d'icelles, auront plein pouvoir et autorité, sur l'application des parties, d'autoriser quelque notaire, et au défaut de notaire, quelqu'autre personne convenable, résidant près de l'habitation de tels parens ou amis, de les assembler, leur administrer le serment suivant la loi, et de recevoir leur avis et opinion touchant la matière qui leur sera commise, ou dresser acte par écrit en bonne forme et le transmettre à la cour respective d'où tel pouvoir et autorité peut avoir été reçu ; et les, ou aucun des juges d'icelle cour, auront plein pouvoir et autorité de procéder sur la matière et d'accorder tels actes, ordres ou appointemens dans une matière aussi ample, que si les dits parens ou amis avaient été présens, et eussent donné personnellement devant lui ou eux leur opi-

nion sur l'objet en question. Et il sera pareillement loisible aux ou à aucun des juges des dites cours du Banc du Roi respectivement, d'appointer un notaire ou autre personne convenable, sur l'application des parties, comme ci-dessus, pour l'apposition et levée des scellés sur requête présentée à cet effet.

---

* 12 *Vic.*, *ch.* 38, *sec.* 74. } Et qu'il soit statué, que la Cour de circuit et tout juge tenant cette cour à un endroit quelconque, tant en cour que hors de cour, pendant les termes et hors des termes, ou durant la vacance, aura et pourra exercer dans les limites des dits circuits respectivement et concurremment avec les juges de la Cour supérieure, les mêmes pouvoirs et autorités dont sont revêtus la Cour supérieure et les juges d'icelle pour vérification des testamens, élection et nomination de tuteurs, curateurs, avis de parens et amis dans les cas où la loi le requiert...... et les procédures en pareils cas formeront partie des records de la Cour de circuit dans le circuit dans lequel les procédures auront lieu : Pourvu toujours que les nominations et ordres donnés et faits par tout juge en vertu de cette section, pourront être mis de côté, par la Cour supérieure, siégeant dans le district, de la même manière et suivant les mêmes dispositions de la loi en vertu desquelles toutes nominations ou ordres donnés ou faits par un seul juge auraient pu être mis de côté immédiatement avant l'époque de la mise en vigueur du présent acte.

---

* 14 *et* 15 *Vic.*, *ch.* 58. } Attendu qu'il résulte des inconvéniens du délai et des dépenses à raison de l'obligation où sont les parens et amis de se transporter personnellement devant un des juges de la Cour supérieure ou de la Cour de circuit, lorsque ceux-ci résident dans une distance de cinq lieues de l'endroit où tel juge doit siéger, et de la nécessité d'obtenir l'autorisation formelle d'un juge...... qu'il soit statué...... que chaque fois qu'il sera nécessaire de convoquer

une assemblée de parens et amis pour donner leur avis et opinion sur l'élection de gardiens ou tuteurs, subrogés tuteurs, curateurs aux absents et aux successions vacantes et sur d'autres matières qui requièrent l'avis des parens et amis, il sera loisible à tout notaire près de la demeure des parens et amis, ou qui se trouvera sur les lieux lors de la dite assemblée, quelleque soit la distance de la demeure des dits parens et amis du lieu des séances de la Cour supérieure pour le district ou de la Cour de circuit, et sans l'autorisation formelle d'un juge d'aucune de ces cours, de convoquer telle assemblée, et tel notaire est par le présent autorisé, sur la demande d'aucune des parties à la réquisition de laquelle le juge aurait pu convoquer une telle assemblée, à convoquer une assemblée des dits parens et amis, leur administrer le serment suivant la loi et recouvrer leurs avis et opinion concernant l'affaire soumise à leur décision, aussi à administrer le serment d'office suivant la loi, aux tuteurs, curateurs et autres personnes qui seront ainsi nommées de l'avis et consentement des parens et amis.

II. Acte sera pris par le notaire de la déclaration du requérant (sommaire).

III. Le notaire pourra faire venir devant lui, les parens etc., et leur administrer le serment accoutumé (sommaire).

IV. La partie de la neuvième section de l'acte de la législature du Bas Canada passé dans la 34[e] année du règne de Sa Majesté le Roi George III, intitulé : Acte qui divise la province du Bas-Canada, qui amende la judicature d'Icelle et qui rappelle certaines lois y mentionnées, et d'aucune autre loi qui se trouvera répugner à cet acte, est par le présent abrogée ; pourvu toujours, que rien de contenu dans cet acte n'empêchera aucun juge de la Cour supérieure ou de la Cour de circuit de convoquer telle assemblée de parents et amis, ou d'autoriser aucun notaire ou autre personne, à convoquer, sur l'application des parties, telle assemblée en

la manière prescrite par la loi, et comme il le jugera convenable pour les fins de la justice.

V. Cet acte ne s'appliquera qu'au Bas-Canada.

---

* 16 *Vict.*, *ch.* 91. } Attendu qu'il résulte de graves inconvénients à raison des diverses interprétations données à la quatrième section de l'acte passé dans la cession tenue dans les 14e et 15e années du règne de Sa Majesté, intitulé : *Acte pour permettre aux notaires de convoquer des assemblées de parens et amis en certain cas, sous l'autorisation spéciale d'un juge à cet effet et autres fins*, concernant le pouvoir qu'ont ou qu'à les ou aucun des juges de la Cour supérieure et de la Cour de circuit pour le Bas-Canada, d'homologuer ou refuser d'homologuer, suivant le cas, les procédés adoptés par le ou les notaires du Bas-Canada en vertu de la loi plus haut citée, et attendu qu'il est expédient de faire disparaître toutes difficultés et tous doutes à ce sujet à ces causes, qu'il soit déclaré et statué par la Très Excellente Majesté de la Reine, par et de l'avis et du consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative de la Province du Canada, constitués et assemblés en vertu et sous l'autorité d'un acte passé dans le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, intitulé : *Acte pour réunir les provinces du Haut et du Bas-Canada et pour le gouvernement du Canada*, et il est par le présent déclaré et statué par la dite autorité, que nonobstant tout ce que le dit acte peut contenir à ce contraire, le ou les juges de la Cour supérieure et de la Cour de circuit pour le Bas-Canada, a et ont plein pouvoir et autorité d'homologuer ou de refuser d'homologuer, suivant le cas, tous et tels procédés adoptés par les notaires du Bas-Canada en vertu du dit acte plus haut cité, et de faire et accorder tels actes, ordres ou appointements dans une manière aussi ample que si les parents ou amis avaient été présents, et eussent donné personnellement devant lui ou eux leur opinion sur l'objet en question.

[ARTICLE 249.]

* 18 *Vict., ch.* 17. } Attendu qu'une interprétation différente a été donnée par divers juges tant de la Cour supérieure que de la Cour de circuit, dans le Bas-Canada, à l'acte passé dans la session tenue dans les 14e et 15e années du règne de Sa Majesté, intitulé ; *Acte pour permettre aux notaires de convoquer des assemblées de parents et amis en certains cas, sans l'autorisation spéciale d'un juge* à cet effet, et autres fins et aux actes passés dans la 16e année du règne de Sa Majesté et intitulés respectivement : *Acte pour expliquer l'acte qui permet aux notaires, &c. et Acte pour régler la procédure dans les licitations volontaires :* à ces causes, qu'il soit statué par la T. E. Majesté de la Reine, par et de l'avis, &c.

1. Que dans tous les cas ou matières où la loi permet au juge dans le Bas-Canada de déléguer les pouvoirs pour recevoir les avis de parens et amis, tout notaire dans le Bas-Canada, sans autorisation préalable du juge, aura le pouvoir de convoquer et présider les dites assemblées de parens et amis, faire prêter les serments requis à qui il appartiendra, et recevoir l'avis des dits parens et amis, mais il sera fait rapport de tous ces procédés au juge qu'il appartiendra pour être homologués si faire ce doit ; le tout en observant les formalités voulues par les statuts cités, et se conformant à la loi en autant que cette loi et ces dits statuts ne seront point incompatibles avec les présentes.

---

* Voy. *S. R. B. C., ch.* 86, cité sous l'art. 225.

---

* 1 *Malleville, p.* 358. } Il y avait trois sortes de tutelles chez les Romains : la testamentaire, qui tenait le premier rang, la légitime, et à défaut des deux première, la dative.

* *Id., p.* 360. } Lorsqu'il n'y avait ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, les magistrats pourvoyaient à la tutelle des enfans mineurs.

Dans les pays de coutume (en France) on avait aussi beaucoup d'égard à la nomination du père ; mais le tuteur testamentaire devait être confirmé par le juge, de l'avis des parens, excepté dans celle de Bourbonnais, qui l'en dispensait formellement, article 174. On ne suivait pas non plus, à défaut de tutelle testamentaire, l'ordre rigoureux de parenté, et c'était la famille assemblée qui choisissait celui qu'elle croyait le plus capable. Ce qui faisait dire, que les tutelles étaient datives en France. (*Lapeyrère*, lett. T., p. 515.)

---

* 4 *Pandectes Frs.*, p. 392. } Les dispositions des lois romaines avaient été adoptées, à quelque modifications près, par notre ancien droit français, dans les provinces réglés par le droit écrit.

Dans la plupart des coutumes, on ne connaissait que la tutelle dative, qui était déférée par le juge, d'après l'avis des parens et amis du tuteur. Quelques-unes, en petit nombre, admettaient la tutelle testamentaire, mais sous la condition de la confirmation par le juge. D'autres admettaient la tutelle légitime ; mais sans la déférer nécessairement au plus proche parent : d'autres enfin, n'admettaient que la tutelle légitime des ascendans.

Parmi les provinces régies par les lois romaines, toutes ne suivaient pas exactement les dispositions du droit écrit.

Dans celles du ressort du parlement de Paris, les tutelles testamentaires devaient être confirmées par le Juge, après avoir entendu les parens, en sorte que le testament n'avait d'autre effet, que de faire préférer le tuteur qui s'y trouvait nommé, quand il n'y avait point d'incapacité.

* *Ibid.*, *p.* 509, *sur art.* 408 } Il s'agit, dans toute cette section, de la tutelle dative.

Elle n'a lieu, comme on le voit par cet article, qu'à défaut de la testamentaire et de la légitime : soit que le père, ni la mère, n'aient nommé aucun tuteur, soit qu'il ne reste aucun

ascendant mâle, soit, enfin, que la personne à laquelle la tutelle est déférée ait des causes valables d'excuse, ou soit justement écartée.

La tutelle dative n'est plus déférée par le juge, comme autrefois, mais par un conseil de famille, qui forme, avec le juge de paix, une espèce de tribunal.

---

* *Déclaration du roi au sujet des tuteurs.* 15*e déc.* 1721. *Ins. Cons. Sup. Rég. E. Fol.* 103. *Vo.* } Louis, par la grâce de Dieu roi de France et de Navarre, Salut :—DEPUIS l'établissement des colonies françoises dans l'Amérique, plusieurs de nos sujets y ont transporté une partie de leur fortune et de leur famille soit qu'ils y aient établi un véritable domicile, soit qu'ils se soient contentés d'y passer un tems considérable pour faire valoir les habitations qu'ils y ont acquises ; mais comme il arrive souvent que la succession des pères de famille, qui ont fait ces sortes d'établissements, est composée en partie des biens situés dans notre royaume, et en partie de biens qu'ils possédoient dans nos colonies, les tutelles et curatelles, les émancipations et les mariages de leurs enfants mineurs qu'ils laissent ou en France ou en Amérique, font naître un doute considérable sur la jurisdiction du tribunal, auquel il appartient d'y pourvoir, les juges de France se croyant bien fondés à en connoître, même par rapport aux biens situés en Amérique, lorsqu'il est certain que le père des mineurs avoit conservé son ancien domicile au-dedans de notre royaume, et les officiers que nous avons établis dans nos colonies, soutenant, par la même raison, que c'est à eux d'y pourvoir, même par rapport aux biens situés en France, lorsque le domicile du père a été véritablement transféré dans une des parties de l'Amériqne qui sont soumises à notre domination ; mais quoique cette distinction paroisse juste en elle-même et conforme aux principes généraux de la jurisprudence, l'expérience nous a fait voir qu'elle peut être sujette à de grands

inconvéniens, soit parce qu'elle donne lieu à plusieurs contestations sur le véritable domicile du père des mineurs, qui est assez souvent difficile à déterminer dans les différentes circonstances de chaque affaire particulière, soit parce qu'il est presqu'impossible qu'un tuteur établi en France puisse veiller exactement à l'administration des biens que les mineurs ont dans l'Amérique, et réciproquement, qu'un tuteur établi dans nos colonies puisse gérer la tutelle avec une attention suffisante, par rapport aux biens qui sont situés en France, en sorte qu'il arrive souvent que l'une ou l'autre partie du patrimoine des mineurs est négligée ou confiée par le tuteur à des mains peu sûres, qui abusent de son absence pour dissiper un bien dont il est fort difficile au tuteur de se faire rendre un compte fidèle, nous avons cru qu'à l'exemple des législateurs romains, qui avoient introduit l'usage de donner des tuteurs différents aux mineurs par rapport aux biens qu'ils possédoient dans des pays fort éloignés les uns des autres, nous devions aussi partager l'administration des biens qui appartiennent aux mêmes mineurs en France et en Amérique, en sorte que ces différens patrimoines soient régis à l'avenir par des tuteurs différens, en confiant néanmoins le soin de l'éducation des mineurs et la préférence à l'égard de leur mariage, au tuteur du lieu, où le père des dits mineurs avoit son domicile, qui est toujours regardé comme celui des mineurs, suivant les règles établies par les ordonnances que les rois nos prédécesseurs ont faites sur cette matière ; enfin comme nous avons été informés que les nègres employés à la culture des terres étant regardés dans nos colonies comme des effets mobiliers, suivant les lois qui y sont établies, les mineurs abusent souvent du droit que l'émancipation leur donne de disposer de leurs nègres, et en ruinant par là les habitations qui leur sont propres, font encore un préjudice considérable à nos colonies, dont la principale utilité dépend du travail des nègres qui font valoir les terres,

nous avons jugé à propos de leur en interdire la disposition jusqu'à ce qu'ils en aient atteint l'âge de vingt-cinq ans, et nous nous portons d'autant plus volontiers à faire une loi nouvelle sur ces différentes matières, qu'elle sera en même temps un effet de la protection que nous donnons à ceux de nos sujets à qui la foiblesse de leur âge la rend encore plus nécessaire qu'aux autres, et une preuve de l'attention que nous aurons toujours pour ce qui peut favoriser le commerce des colonies françoises, et le rendre utile à tout notre royaume, dont l'abondance et le bonheur font le principal objet de nos soins et de nos vœux.

A ces causes et autres à ce nous mouvant, de l'avis de notre très-cher et très-amé oncle le duc d'Orléans, petit-fils de France, régent : de notre très cher et très-amé oncle le duc de Chartres, premiers princes de notre sang ; de notre très-cher et très-amé cousin le duc de Bourbon, de notre très-cher et très amé cousin le comte de Charollois, de notre très-cher et très-amé cousin le prince de Conty, princes de notre sang ; de notre très-cher et très-amé oncle le comte de Toulouse, prince légitimé, et autres pairs, grands et notables personnages de notre royaume, de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, et par ces présentes signées de notre main, voulons et nous plaît ce qui suit :

I. Lorsque nos sujets mineurs, auxquels il doit être pourvu de tuteurs ou de curateurs, auront des biens situés en France et d'autres situés dans les colonies françoises, il leur sera nommés des tuteurs dans l'un et dans l'autre pays, savoir : en France, par les juges de ce royaume auxquels la connoissance en appartient, et ce de l'avis des parens et amis des dits mineurs qui seront en France, pour avoir par les dits tuteurs ou curateurs l'administration des biens de France seulement, et dens les colonies par les juges qui y seront établis, aussi de l'avis des parens et amis qu'ils auront, lesquels tuteurs ou curateurs élus dans les colonies n'auront pareillement l'adminis-

tration que des biens qui s'y trouveront appartenans aux dits mineurs ; et seront les dits tuteurs et curateurs de France et ceux des colonies françoises indépendans les uns des autres, sans être responsables que de la gestion et administration des biens du pays dans lequel ils auront été élus, de laquelle ils ne seront tenus de rendre compte que devant les juges qui les auront nommés.

II. L'éducation des mineurs sera déférée au tuteur qui aura été élu dans ce pays où le père avoit son domicile dans le temps de son décès, soit que tous les mineurs enfans du même père, fassent leur demeure dans le même pays, ou que les uns demeurent en France et les autres aux colonies, le tout à moins que, sur l'avis des parents, et amis des dits mineurs, il n'en soit autrement ordonné par le juge de la tutelle.

III. Les lettres d'émancipation que les dits mineurs obtiendront, seront entérinées; tant dans les tribunaux de France que dans ceux des colonies, dans lesquels la nomination de leur tuteur aura été faite, sans que les dites lettres d'émancipation puissent avoir aucun effet que dans celui des deux pays où elles auront été entérinées.

IV. Les mineurs quoiqu'émancipés ne pourront disposer des nègres qui servent à exploiter leurs habitations, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, sans néanmoins que les dits nègres cessent d'être réputés meubles par rapport à tous autres effets.

V. Les mineurs qui voudront contracter mariage, soit en France soit dans les colonies françoises, ne pourront le faire sans l'avis et le consentement par écrit du tuteur nommé dans le pays où le père avoit son domicile au jour de son décès, sans néanmoins qu'il puisse donner le dit consentement que sur l'avis des parents qui seront assemblés à cet effet par devant le juge, qui l'aura nommé tuteur, et sauf au dit juge, avant que d'homologuer leur avis, d'ordonner que

[ARTICLE 249.]

l'autre tuteur qui aura été établi en France ou dans les colonies, ensemble les parents et amis que les mineurs auront dans l'un ou l'autre pays, seront pareillement entendus, dans le délai compétent, pardevant le juge, qui aura nommé le dit tuteur, pour leur avis rapporté, être statué ainsi qu'il appartiendra sur le mariage proposé pour les dits mineurs, ce que nous ne voulons néanmoins être ordonné que pour de grandes considérations, dont le juge sera tenu de faire mention dans la sentence qui sera par lui rendue.

Donnons en mandement à nos amés et féaux les gens tenant nos conseils supérieurs dans nos colonies, que ces présentes ils aient à faire régistrer et le contenu en icelles garder et observer selon sa forme et teneur, cessant et faisant cesser tous troubles et empêchements, nonobstant tous édits, déclarations, ordonnances, règlements, arrêts, us et coutumes à ce contraires, auxquels nous avons dérogé et dérogeons par ces dites présentes ; car tel est notre plaisir. En témoin de quoi nous avons fait mettre notre scel à ces dites présentes.

Donné à Paris le quinzième jour du mois de décembre, mil sept cent vingt-un et de notre règne le septième.

Signé : LOUIS.

Et plus bas est écrit : Par le roi, Le duc d'Orléans, régent.

Signé : FLEURIAU.

Régistré, ouï et ce requérant le procureur général du roi, suivant l'arrêt du conseil supérieur de ce jour, par moi conseiller secrétaire du roi, greffier en chef au dit conseil supérieur de Québec, le cinquième octobre, mil sept cent vingt-deux.

Signé : DAINE.

---

* *Déclaration concernant la manière d'élire des tuteurs et curateurs aux mineurs qui ont des biens situés en France et d'autres situés dans les colonies.*

1*er fév.* 1743. *Ins. Cons. Sup. Rég. I. Fol.* 1, *Vo.*

Louis, par la grâce de Dieu, roi de Franee et de Navarre, à tous ceux qui ces présentes lettres verront, salut.

Par notre déclaration du premier Octobre, mil sept cent quarante-un, nous nous sommes proposé de régler ce qui serait observé, soit pour l'élection des tuteurs ou curateurs des mineurs, qui ont des biens situés en France et d'autres situés dans les colonies françaises, soit au sujet de l'administration et emploi de leurs biens; comme aussi de leur éducation, émancipation et mariage, mais les différentes réflexions qui ont été faites sur quelques articles de cette déclaration, nous ayant porté à la faire examiner de nouveau dans notre conseil, nous avons jugé à propos d'expliquer plus amplement nos intentions sur cette matière, pour suppléer à des cas qui n'avaient pas été prévus, et prévenir les doutes ou les difficultés qui pourraient naître dans son exécution.

A ces causes et autres à ce nous mouvant, de l'avis de notre conseil et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, nous avons par ces présentes signé de notre main, dit, déclaré et ordonné, disons, déclarons et ordonnons voulons et nous plaît ce qui suit :

ARTICLE I.—Lorsque nos sujets auxquels, à cause de leur minorité, il doit être pourvu de tuteurs ou curateurs, n'auront plus ni père ni mère, et qu'ils posséderont des biens situés en France et d'autres situés dans les colonies françaises, il leur sera nommé des tuteurs ou curateurs dans l'un et l'autre pays, laquelle nomination sera faite en France par les juges auxquels la connaissance en appartient, et ce de l'avis des parens ou amis des mineurs qui seront en France, pour avoir par les dits tuteurs ou curateurs l'administration des biens de France seulement, même des obligations, contrats de vente

et autres droits et actions à exercer sur des personnes domiciliées en France et sur les biens qui y sont situés ; ce qui aura lieu pareillement dans les colonies, où la nomination du tuteur ou du curateur sera faite par les juges qui y sont établis de l'avis des parens et amis qu'ils y auront, lesquels tuteurs ou curateurs élus dans les colonies n'auront pareillement l'administration que des biens qui s'y trouveront appartenans aux dits mineurs, ensemble des obligations, contrats de rente et autres droits et actions à exercer sur des personnes domiciliées dans les colonies et sur les biens qui y sont situés ; et seront les dits tuteurs ou curateurs de France, ou ceux des colonies françaises, indépendans les uns des autres, sans être responsables que de la gestion et administration des biens du pays dans lequel ils auront été élus, de laquelle ils ne seront tenus de rendre compte que devant les juges qui les auront nommés.

II. En cas que le père et la mère soient encore vivans dans le tems de la dation de tutelle ou curatelle, il sera permis au juge du lieu de leur domicile de les nommer tuteurs ou curateurs indéfiniment et sans restriction, si les parens ou amis des mineurs en sont d'avis, auquel cas les dits père ou mère survivans auront l'administration générale de tous les biens des dits mineurs, en quelque lieu que les dits biens soient situés, en sorte qu'il n'y ait en ce cas qu'une seule tutelle ou curatelle ; et si le dit juge, de l'avis des parens et amis, ne juge pas à propos de déférer la tutelle ou curatelle aux dits père et mère, ni même de les nommer tuteurs ou curateurs en partie, l'article premier ci-dessus sera exécuté.

III. Les dispositions des deux articles précédens auront pareillement lieu à l'égard des mineurs ayant père et mère vivans, auxquels il serait nécessaire de nommer un tuteur ou un curateur, pour des biens qui leur appartiendraient en France et dans les colonies.

IV. Si dans le cas de l'article second, il se trouve que les père ou mère décédés qui avaient leur domicile en France,

ayant laissé des enfants dans les colonies, ou qu'au contraire leur domicile étant dans les colonies, ils aient laissé des enfans demeurans en France ; voulons que par provision, de l'avis de leurs parens ou amis et par le juge du lieu de leur demeure, il leur soit nommé un tuteur pour administrer les biens qu'ils auront dans le pays où ils habitent, jusqu'au jour que le tuteur élu, ou indistinctement pour tous les biens des mineurs, où seulement pour le pays ou le tuteur provisionel aura été nommé, lui ait notifié sa qualité, en lui faisant donner copie de l'acte de tutelle, et sera le dit tuteur provisionel tenu de rendre compte de sa gestion à celui qui aura été nommé définitivement.

V. Si le père ou la mère à qui la tutelle générale aurait été déférée, vient à passer à de secondes noces, il pourra être pourvu d'un autre tuteur aux dits mineurs, si leurs parens ou amis en sont d'avis, et ce par le juge du domicile qui avait déféré la tutelle générale aux dits pères ou mères ; auquel cas il sera procédé, suivant l'article premier, à la nomination de deux tuteurs l'un pour les biens situés en France, et l'autre pour les biens situés dans les colonies, à quoi le juge du pays où les mineurs auront des biens sans y avoir leur domicile, sera tenu de procéder aussitôt qu'il sera instruit de la destitution du père ou de la mère et de la nomination d'un autre tuteur, faite par le juge du domicile.

VI. Le tuteur nommé dans le pays où les mineurs ne feront point leur demeure, sera tenu d'envoyer tous les ans, au tuteur nommé dans le pays où les mineurs seront élevés, des états de sa recette et dépense ; il sera pareillement tenu, si les parens et amis des mineurs étant dans le dit pays le jugent à propos et qu'il soit ainsi ordonné par le juge du dit pays, de faire remettre au dit tuteur, en tout ou partie, les revenus qu'il aura reçus, à l'exception de ceux qu'il sera obligé d'employer à l'entretien des biens dont l'administration lui est confiée, à l'effet de quoi le dit tuteur sera tenu,

au dit cas, d'assurer ses envois, et les frais de l'assurance lui seront passés en dépenses dans son compte, comme aussi sera tenu le tuteur auquel les envois auront été faits de s'en charger en recette dans son compte, et d'en faire emploi suivant l'avis des parens et amis des dits mineurs.

VII. Lorsque les mineurs seront élevés dans les colonies, le juge de la tutelle dans les dites colonies, pourra, de l'avis des parens et amis des dits mineurs, ordonner l'emploi de leurs revenus, même des fonds qui leur seraient rentrés en acquisition de biens situés au dit pays; mais lorsque les mineurs seront élevés en France, l'emploi dans les colonies ne pourra être ordonné que de l'avis des parens et amis des dits mineurs, assemblés à cet effet devant le juge de la tutelle, qui aura été déférée en France.

VIII. L'éducation des enfans mineurs appartiendra à leur père, s'il a survécu à la mère, dont la mort aura donné lieu à l'élection d'un tuteur ou d'un curateur ; ce qui sera observé en quelque pays que les enfans soient élevés, si ce n'est, néanmoins, que sur l'avis de leurs parens ou amis, et pour de grandes considérations, le juge du pays où le père aura son domicile, n'en ait autrement ordonné; et lorsque ce sera la mère qui aura survécu, l'éducation de ses enfans lui appartiendra pareillement, en cas qu'elle soit nommée tutrice, ou que si elle ne l'est pas, les dits parens ou amis aient jugé à propos de lui en déférer l'éducation ; laissons à la prudence du juge du pays où le père avait son domicile au jour de son décès, de régler, par l'avis des parens ou amis des dits enfans mineurs, si leur éducation sera confiée à la mère en quelque pays qu'ils habitent, ou si elle n'aura l'éducation que de ceux qui seront dans le pays où elle fait sa demeure.

IX. Lorsque les mineurs n'auront plus ni père ni mère, leur éducation sera déférée au tuteur élu dans le pays où le père avait son domicile au tems de son décès, si tous les dits enfans ont leur demeure au dit pays, et en cas que les uns

demeurent en France et les autres dans les colonies, l'éducation ou des uns ou des autres appartiendra au tuteur nommé dans le pays qu'ils habitent, le tout à moins que les parens ou amis de l'un ou de l'autre pays, n'estiment également que l'éducation des dits enfans mineurs doit être confiée à un seul des dits tuteurs.

X. Les lettres d'émancipation ou de bénéfice d'âge, qui seront obtenues par les mineurs, ne seront entérinées, sur l'avis de leurs parens et amis, que par le juge du lieu où les mineurs auront leur domicile, soit en France ou dans les colonies ; et ils ne seront tenus que de les faire seulement enrégistrer dans les sièges d'où dépendent les lieux où ils ont des biens sans y avoir leur domicile, faute de quoi les lettres par eux obtenues n'auront aucun effet à l'égard des dits biens.

XI. Les mineurs, quoique émancipés, ne pourront disposer des nègres qui servent à exploiter les habitations dans les colonies, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, sans néanmoins que les dits nègres cessent d'être réputés meubles par rapport à tous autres effets.

XII. Les mineurs qui, n'ayant plus de père, voudront contracter mariage, soit en France soit dans les colonies françaises, ne pourront le faire sans l'avis et le consentement par écrit du tuteur ou curateur nommé dans le pays où le père avait son domicile au jour de son décès, sans néanmoins que le dit tuteur ou curateur puisse donner son consentement que de l'avis des parens assemblés par devant le juge qui l'aura nommé, et sauf au dit juge, avant que d'homologuer leur avis, à ordonner que l'autre tuteur ou curateur, qui aura été établi dans le pays où le père des mineurs n'avait pas son domicile, eusemble les parens ou amis que les mineurs auront dans le dit pays, seront pareillement entendus, dans le délai compétent, pardevant le juge qui aura nommé le dit tuteur ou curateur, pour, leur avis rapporté, être statué ainsi qu'il appartiendra, sur le mariage proposé pour le dit mineur,

ce que nous ne voulons néanmoins être ordonné que pour de grandes considérations, dont le juge sera tenu de faire mention dans la sentence qui sera par lui rendue.

XIII. N'entendons rien innover, par notre présente déclaration, en ce qui concerne les dispositions des lois romaines, soit sur les droits de la puissance paternelle, soit au sujet de la dation et privation des tutelles ou de l'âge auquel elles doivent finir ; voulons que les dites dispositions continuent d'être observées, ainsi que par le passé, dans les provinces et lieux du royaume qui se régissent par le droit écrit, et ce à l'égard des biens situés en France, au préjudice de l'exécution de notre présente déclaration, tant pour ceux qui regardent les tutelles ou curatelles qui seront déférées dans les colonies françaises, que pour celles qui auront lieu en France, dans les provinces et lieux qui suivent le droit coutumier, à la réserve néanmoins de ce qui sera dit dans l'article suivant.

XIV. N'entendons pareillement déroger aux dispositions de la coutume de Bretagne ou autres sur ce qui concerne l'autorité des pères ou mères sur leurs enfans, et les règles qui y sont observées au sujet de la tutelle ou curatelle ; lesquelles dispositions continueront d'être suivies ainsi qu'elles l'ont été jusqu'à présent, notamment celle de notre édit du mois de décembre, mil sept cent trente-deux, en ce qui concerne notre province de Bretagne.

Si donnons en mandement à nos amés et féaux les gens tenant notre conseil supérieur de Québec, que ces présentes ils aient à faire lire, publier et registrer, et le contenu en icelles, garder, observer et exécuter selon leur forme et teneur, nonobstant tous édits, déclarations, arrêts, ordonnances, règlemens et autres choses à ce contraire, auxquels nous avons dérogé et dérogeons par ces présentes ; car tel est notre plaisir. En témoin de quoi nous y avons fait mettre notre scel.

Donné à Versailles, le premier février, l'an de grâce mil sept cent quarante-trois, et de notre règne le vingt-huitième.

Signé : LOUIS

Et plus bas, par le roi,

Signé : PHELYPEAUX,
Avec paraphe.

Régistrée au greffe du conseil supérieur de Québec, ouï et ce requérant le procureur-général du roi, pour être exécutée selon sa forme et teneur, suivant l'arrêt de ce jour, par nous conseiller secrétaire du roi, greffier en chef du dit conseil, soussigné à Québec, le vingt-troisième septembre, mil sept cent quarante-trois.

Signé : DAINE.

---

250. La convocation du conseil de famille peut être provoquée par tous les parents et alliés du mineur, sans égard au degré de parenté, par le subrogé-tuteur, par le mineur lui-même en certains cas, par ses créanciers et par toutes autres parties intéressées.

250. The convocation of a family council may be demanded by all those related or allied to the minor, without regard to the degree of relationship, by the subrogate-tutor, by the minor himself in certain cases, by his creditors and by all other persons interested.

---

* *Arrêtés de Lamoignon, tit. 4, art. 3, p. 8.* } L'assemblée de parens peut être provoquée par un parent en degré éloigné, en cas de négligence des plus proches, même par une tante et par un créanciers des mineurs : et au défaut des uns et des autres, pendant l'espace de quinzaine, l'assemblée sera faite à la requête du substitut de notre procureur-

général, ou du procureur-fiscal de la haute ou moyenne justice du lieu où la tutelle doit être déférée.

---

* *Pothier, Intr. aux Cout., tit.* 9, § 3, p. 269. } A défaut de garde et de bail, qui sont les espèces de tutelle légitime admise par notre coutume, il y a lieu à la tutelle dative.

Cette tutelle se défère par le juge à la personne qui est élue par les parens convoqués à cet effet devant lui. Cette élection se fait à la requête du survivant ou autre ascendant qui a répudié la garde, s'il y en a ; sinon à la requête de quelqu'un des plus prochains parens du mineur ; quelquefois à la requête du ministère public, lorsque personne ne prend ce soin ; quelquefois aussi à la requête des créanciers ou autres, qui ayant quelque action à former contre le mineur ont intérêt qu'il ait un tuteur contre qui ils puissent l'intenter.

---

* *Pothier, Des personnes, tit,* 6, *sec.* 4, § 2, *p.* 610. } C'est celui des ascendants à qui la tutelle légitime du mineur est déférée, et qui ne veut point l'accepter, qui est chargé de faire cette convocation. S'il n'y a point d'ascendans, ce sont les autres parens du mineur les plus proches, et habiles à lui succéder, qui sont chargés de cette poursuite, à peine d'être tenus des dommages et intérêts du mineur.

---

* 2 *Pigeau, p.* 301. } Toute personne de la famille peut poursuivre cette nomination, elle le doit même pour empêcher le dépérissement du bien et des droits du mineur, qui lui est attaché par les liens du sang. Les alliés de la famille ont également ce droit. Les mineurs l'ont à plus forte raison : la faiblesse de leur âge peut leur faire sentir le besoin qu'ils ont d'être sous la conduite d'une personne.

[ARTICLE 250.]

* *Meslé, p.* 113. } C'est sur eux (les plus proches parens et intéressés) que tombe principalement l'obligation de faire pourvoir le mineur de tuteur ou de curateur, et cette charge ne doit regarder l'office public qu'au défaut des parens quand il n'y en a point, ou en cas de négligence de leur part s'il y en a. Edit pour les tutelles en Bretagne du mois de Décembre 1732, art. 2.

116-117. En droit, c'est à la mère à demander que ses enfans soient pourvus de tuteur (L. 1, ff. *qui petant tutores*). Les parens collatéraux, les alliés, ceux qui ont été en familiarité avec les pères et mères, leurs amis et les éducateurs des enfans, peuvent aussi leur demander des tuteurs... Le créancier du pupille priera ceux qui doivent demander un tuteur, de le faire ; et à leur refus, il s'adressera au juge, afin que le pupille soit pourvu de tuteur légitime pour pouvoir agir contre lui, § 3, *ibidem*.

---

* 17 *Guyot, Répert., Vo. Tuteur, p.* 316. } Qui sont ceux qui doivent ou peuvent provoquer la nomination des tuteurs ? Le premier membre de cette question est décidé pour les parlements de Normandie et de Bretagne, par des règlemens précis.

Suivant l'article 5 de celui qu'a fait le parlement de Rouen le 7 Mars 1673, " après la mort du père des mineurs, leur mère ou aïeule est tenue de faire assembler les parens pour procéder à la nomination d'un tuteur, dans trois mois du jour que la mort du père aura été communément sue, à peine de répondre par elle de la perte que les dits mineurs pourraient souffrir, à faute de leur avoir fait établir un tuteur. "

L'article 6 ajoute que " si la mère et aïeule sont décédées, le plus proche parent des mineurs doit faire procéder à la dite nomination dans le même temps, et sur la même peine portée en l'article précédent."

L'édit porté pour la Bretagne en Décembre 1732 renferme à peu près les mêmes dispositions......

[ARTICLE 250.]

L'article 2 porte " qu'après les délais expirés, et faute par la mère, les autres ascendans ou les héritiers présomptifs d'avoir satisfait à l'article précédent, il sera procédé dans quinzaine à leurs frais et à la diligence des procureurs du roi ou de ceux des seigneurs, à la nomination du tuteur, à peine contre ces officiers, de demeurer pareillement responsables du dommage que les mineurs pourraient souffrir, sans néanmoins qu'ils puissent en être tenus que subsidiairement à la mère ou aux autres ascendans, ou aux héritiers."

Il y a peu de choses dans ces dispositions qui ne soient de droit commun. Le fonds en est dû à la raison naturelle ; il est donc juste qu'on s'y conforme partout. D'ailleurs les lois romaines veulent pareillement que la mère, à son défaut l'aïeule et au défaut de celle-ci les héritiers présomptifs soient tenus de faire créer un tuteur au pupille qui n'en a pas. Elles prononcent même en cas de négligence, une peine plus grave que les règlemens de Normandie et de Bretagne. Elles privent de la succession du pupille qui vient à décéder par la suite, celui qui, étant obligé de le faire pourvoir de tuteur ne l'a pas fait.

Mais cette peine n'est plus en usage, Groeneweghen, *de leg. abrog.* sur les lois 6 et 8, C. *qui petant tutores*, et Voët, sur le digeste, liv. 26, tit. 6, disent qu'on l'a convertie en une peine pécuniaire, dont le juge punit la négligence des ascendans ou collatéraux ; ce qui revient, comme on le voit, à la disposition des règlemens rendus sur cette matière pour la Normanlie et la Bretagne.

[1] *P.* 117. Il y a des personnes, qui, sans être obligées, sous quelque peine, de provoquer la nomination d'un tuteur, ne laissent pas d'être admises à le faire quand elles le veulent.

Ce sont 1° les amis du pupille, ses alliés et ceux de ses parens qui ne sont pas dans le plus proche degré de successibilité. C'est ce que prouve la loi 2, D. *qui petant tutores*, la loi5 et la loi 10, C. au même titre. 2° Toute personne qui

a quelque chose à démêler avec un pupille, ou quelque procès à soutenir contre lui, peut également le faire pourvoir de tuteur. Cela résulte de la loi 2, § 3, D. *qui pet. tut.* ; les lois 1, 4 et 7, C. au même titre ; et de la loi dernière, § 2, C. *de administ. tut.* On a d'ailleur remarqués plus haut qu'il en a été ainsi jugé par arrêt du parlement de Paris, du 1er Août 1709.

Il a même été déctdé par arrêt du parlement de Bordeaux, du 20 juillet 1700, que l'étranger, à la requête duquel s'est faite la procédure à fin d'élection du tuteur, peut intervenir sur l'appel de la sentence de nomination, parce qu'il a intérêt que les pupilles soient pourvus de tuteur sans retardement.

---

* 2 *Boileux*, *p.* 336, 337 *sur art.* 406, *C. N.* } Il (le Juge de paix) est tenu de faire cette convocation, lorsqu'elle est requise, savoir :

1° Par les parens du mineur, sans limitation de degré : on n'a pas cru devoir restreindre aux parens les plus proches une faculté dont l'exercice ne peut être que favorable au mineur.........

L'art. 406 ne parle pas des alliés ; mais ce n'est là qu'un oubli : les alliés jouissent des mêmes droits que les parens puisqu'ils font comme eux partie du conseil de famille...

2° Par les créanciers du mineur, ou par d'autres parties intéressées, telles que l'associé de l'auteur du mineur qui veut liquider la société, le débiteur qui veut se libérer, le copartageant et le co-propriétaire qui veulent sortir de l'indivision, etc.

Ces personnes peuvent avoir intérêt à requérir la convocation du conseil de famille, soit pour faire nommer au mineur un défenseur légal contre lequel ils pourront diriger leur action, soit pour faire autoriser le tuteur à prendre certaines mesures urgentes qui excèdent les pouvoirs qu'il tient de la loi.

3° Par le subrogé-tuteur : sa mission de surveillance lui donne le droit et lui impose même le devoir de provoquer la destitution du tuteur en exercice en cas de prévarication (446), et de faire nommer un nouveau tuteur en cas de vacance (424).

4° Enfin par le tuteur : le tuteur doit user de ce droit toutes les fois que les intérêts moraux ou matériels l'exigent.

Quant au ministère public, il n'agit d'office, en matière civile, que dans les cas déterminés par la loi ; telle est la règle générale : or, aucun texte ne l'autorise à convoquer d'office le conseil de famille ; il doit se borner à éveiller la sollicitude du juge de paix.

Comme il pourrait se faire qu'il n'y eût ni parties intéressées ni parens, ou du moins que ces derniers ne fissent aucune diligence, la loi charge toutes personnes de dénoncer au juge de paix les faits qui peuvent *motiver* la convocation.

---

* 7 *Demolombe*, *No.* 282. } Quelles sont les personnes qui ont ce droit de réquisition ?

Ce sont, suivant les différentes causes qui peuvent nécessiter la convocation : 1° les parens ou les alliés du mineur ; 2° les créanciers ou autres parties pécuniairement intéressées ; 3° le subrogé-tuteur ; 4° le tuteur lui-même.

---

* *C. N.*, 406. } Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur.

---

251. Doivent y être appelés les plus proches parents et alliés du mineur, au nombre de sept au moins, et pris tant dans la ligne paternelle que maternelle, aussi également que possible.

251. The persons to be called to a family council are those most nearly related or allied to the minor, to the number of seven at least, and taken, as equally as possible, from both the paternal and the maternal line.

---

* *ff. Lib.* 26, *Tit.* 6. *L.* 2, *qui petant tutores.* } Si minores non habent eos, qui ex legibus sunt defensores, si quidem tutoribus indigent propter ætatem possunt petere eis tutores constituit, cognati et qui secundum affinitatem sunt, familiares parentum, masculorum, et fœminarum : possunt et amici parentum, et educatores ipsorum puerorum hoc petere.

**Arrêtés de Lamoignon*, *tit.* 4, *art.* 4, *p.* 8. } Seront appelés la mère ou les aïeux paternels et maternels étant en état de viduité, ensemble les plus proches parents maternels et paternels, majeurs de vingt-cinq ans et demeurant dans le baillage et sénéchaussée ou les mineurs ont leur domicile, en nombre égal, et trois au moins de chacun côté ; et s'il ne s'y trouve en nombre suffisant, ils seront pris des provinces voisines ; et en défaut de parents de l'une ou de l'autre ligne, on appellera des voisins ou amis du défunt ; le tout à peine de nullité.

---

* *Ravaut*, *Proc. civile*, *p.* 5. } Celui qui veut agir contre elles (les personnes qui n'ont point de tuteur ou curateur) doit demander qu'il leur soit pourvu de tuteur ou curateur et le juge ordonne que ses parens seront appelés devant lui pour convenir entre eux d'un tuteur ou curateur.

[ARTICLE 251.]

Les tuteurs ou curateurs ne doivent être nommés aux mineurs par le juge de leur domicile que sur un avis de pa rens ou d'amis, au nombre de sept, qu'il homologue.

---

* *Voy. Pothier, Introd. aux Cout., cité sous l'art.* 250.

---

* *Pothier, Personnes, tit.* 6, *sec.* 3, *art.* 1, § 2. } On convoque les affins du mineur, aussi bien que ses parens. Les affins sont ceux qui ont épousé une parente du mineur qui est vivante, ou dont il y a quelques enfans...... On n'est point obligé d'appeler les parens demeurans hors le baillage, à moins qu'ils ne soient les plus proches. Art. 184, C. d'Orl.

---

* 2 *Pigeau, p.* 303. } Il est d'usage à Paris d'appeler à cette nomination sept parens au moins, ou douze au plus ; mais cet usage n'exclut pas ceux qu'on n'a pas appelés de se présenter, et de donner leur avis au juge, qui s'en sert comme bon lui semble.

Comme celui qui donne lieu à la provocation de l'assemblée appartient à deux familles, la paternelie et la maternelle, il est juste qu'elles partagent également le droit d'opiner sur la circonstance qui fait l'objet de la convocation. On appelle donc de ces deux familles des parens en nombre égal ; si l'une d'elles ne peut le fournir, il est suppléé par les parens de l'autre ; et à leur défaut, par des voisins ou amis de celui qui donne lieu à l'assemblée.

---

* *Meslé, p.* 116. } La plupart des coutumes ne déterminent point le nombre des parens qui doivent composer l'assemblée. Il faut suivre l'usage qui est à Paris de sept, et en Bretagne de douze parens, six paternels, six maternels.

---

* 17 *Guyot*, *Rép.*, *p.* 317-318. } Qui sont ceux qui doivent être appelés et entendus pour la nomination d'un tuteur ?

Les règlemens portés sur la tutelle pour la Normandie et la Bretagne s'expliquent encore sur ce point d'une manière très positive.

Voici d'abord quels sont là-dessus les termes de celui qui a été rendu pour la Normandie le 7 Mars 1673 :

Art. 12. " La mère et l'aïeule du mineur peuvent être présentes à l'élection du tuteur sans qu'elles y puissent avoir voix délibérative. "

Art. 13. " La dite élection doit être faite par six parens paternels du mineur, et six maternels, si tant s'en trouve. "

Art. 14. " Néanmoins, pour diverses considérations, le nombre des parens pourra être augmenté. "

Art. 15. " Les ascendans, frères et oncles du mineur seront appelés à l'élection du tuteur, et y auront chacun voix délibérative. "

Art. 16. " Et au regard des autres parens collatéraux, on appellera seulement l'ainé de chaque branche, s'il s'en trouve assez pour faire le nombre susdit en parité de degré, et à faute de ce faire, sera appelé le plus proche de chaque branche. "

Art. 19. " Ceux qui ont fait cession ou démission de biens, ou ceux desquels les héritages ont été adjugés par décret, peuvent être exclus de la dite élection. "

Art. 20. " Le père qui a des enfans vivans de sa femme décédée peut être appelé à la nomination du tuteur des parens de la dite femme. "

Art. 21. " A faute de parens du mineur, les voisins seront appelés à la dite élection, à la diligence du substitut du procureur-général ou procureur-fiscal. "

L'édit des tutelles de Bretagne contient sur la même matière les dispositions suivantes :

[ARTICLE 251.]

Art. III. " Pour procéder à la nomination du tuteur, il sera appelé douze parens ; savoir, les six plus proches du côté paternel, et les six plus proches du côté maternel. "

Art. IV. " Entre les dits parens, les ascendans, les frères et oncles des mineurs seront appelés les premiers, et après eux, les autres parens collatéraux, les plus proches des dits mineurs, en préférant toujours tous ceux de la branche aînée à tous ceux des branches cadettes, et l'aînée de chaque branche aux puînés de la même branche ; le tout jusqu'à ce que le nombre de douze soit rempli, sans que les parens plus éloignés dans l'ordre de succéder puissent être appelés, si ce n'est lorsqu'il n'y en aura pas assez entre les plus proches dans le dit ordre pour remplir le dit nombre.

Art. V. S'il n'y avait pas six parens d'un côté, ceux de l'autre coté seront appelés pour parfaire le nombre de douze ; et s'il ne s'en trouve pas assez dans les deux côtés ensemble, les amis ou les voisins du défunt seront appelés. "

Art. VI. Ceux qui, à l'occasion des offices par eux acquis, ont obtenu l'exemption de tutelle ou de curatelle ne pourront prétendre, sous prétexte des édits et déclaration qui leur accordent ce privilège, être exempts d'assister et de donner leur avis aux élections de tuteurs ou de curateurs, ni de subir les mêmes charges que les autres nominateurs non privilégiés, et ce quand même l'exemption de la nomination se trouverait expressément comprise dans quelques-uns des dits édits et déclarations, auxquels nous avons dérogé et dérogeons à cet égard.

Art. VII. Les parens qui ne se présenteront pas sur l'assignation qui leur aura été donnée à personne ou domicile, seront réputés présens et soumis aux mêmes charges que les autres ; et à l'égard de ceux qui, s'étant présentés, auront prétendu avoir une excuse valable, ou justifié qu'ils ne sont pas les plus proches du mineur dans l'ordre de succéder, ils ne pourront, lorsque le juge n'aura pas eu égard à leurs excep-

tions se pourvoir par appel contre son jugement. Voulons qu'en cas que le dit jugement soit infirmé, notre cour de parlement puisse ordonner, s'il y échet, que les procédures qui seront nécessaires pour réparer la faute dans laquelle le juge sera tombé, sera faite aux frais du dit juge. "

Il n'est pas difficile de distinguer dans ces différentes dispositions ce qui est particulier aux provinces de Normandie et de Bretagne, d'avec ce qui est de droit commun.

Par exemple, il est partout de maxime constante que les parens les plus proches doivent être appelés à l'élection du tuteur, et qu'il y aurait nullité si l'on affectait de les exclure et de les remplacer, soit par des parens plus éloignés, soit par des étrangers.

C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris, du 12 mai 1781, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Aguesseau, a déclaré nulle l'interdiction d'un certain Jean Rateau, parce que, dans l'avis de parens qui l'avait précédé, on n'avait appelé qu'un parent de celui-ci.

Il est également de règle partout, qu'à défaut de parents, on doit choisir pour nominateurs les voisins et les amis du père décédé. Mais il n'y a pas de loi générale qui fixe le nombre des nominateurs.

---

* *C. N.*, 407. } Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris, tant dans la commune où la tutelle sera ouverte, que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. Le parent sera préféré à l'allié du même degré, et parmi les parents de même degré, le plus âgé à celui qui sera le moins.

---

252. Ces parents, à l'exception de la mère et autres ascendantes en état de viduité doivent être mâles, majeurs de vingt-un ans, et résidant dans le district où doit se faire la nomination du tuteur.

252. With the exception of the mother and other female ascendants during widowhood, the relations must be males, of the full age of twenty-one years and residing in the district where the appointment of a tutor is to be made.

---

* *Voy. Lamoignon, Arrêtés, cité sous l'art.* 251.

---

* 2 *Pigeau, p.* 303. } Il est d'usage à Paris de ne pas appeler les femmes aux avis de parents, si ce n'est cependant les mères et autres ascendantes en ligne directe de ceux pour qui l'assemblée est provoquée : l'étroite union de celles-ci avec leur descendants fait croire qu'elles seront pour le moins aussi attentives sur les intérêts de ceux-ci, que le seraient des collatéraux mâles. L'exclusion des autres parentes ne parait pas trop bien fondée, surtout quand elles sont majeures ou libres.

Quoique les parentes collatérales ne soient pas appelées, si elles sont mariées, on appelle leurs époux.

Pour assister à un avis de parens, il faut absolument être majeur, parce que c'est un acte d'administration de personnes, ou au moins de fortune, auquel un mineur ne pourrait participer, puisqu'il n'a pas la disposition de la sienne.

Un allié dont la femme est mineure, peut assister à un avis de parents, s'il est majeur, parce que ce n'est pas de sa femme qu'il tire son droit, mais de son mariage, qui lui fait de cette assistance un droit personnel et même une obligation.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, p. 513. } Le conseil de famille devra être véritablement assemblé devant le juge de paix, et présidé par lui.

Ce conseil sera nécessairement composé de six personnes seulement, non compris le juge de paix; mais celles-ci devront absolument être parentes, ou alliées du mineur. Ce ne sera qu'à leur défaut, que l'on pourra appeler des étrangers. Autrement la nomination pourrait être arguée de nullité.

Les étrangers même, au défaut de parens, ne pourront être appelés indistinctement. Il faudra choisir ceux qui auront eu des relations d'amitié avec le père, ou la mère du mineur.

---

* 17 *Guyot*, *Répert.*, *Vo. Tuteur*, p. 321-322. } Le parlement de Paris jugeait autrefois comme ceux de Rennes, de Rouen et d'Aix. Il obligeait les parens nominateurs de garantir l'administration du tuteur, et il ne distinguait pas s'ils l'avaient choisi dans un temps auquel il était solvable ou non. C'est ce que prouvent les arrêts rapportés par Charondas, en ses Pandectes, liv. 2, ch. 7, en ses réponses, liv. 12, ch. 42 et dans ses *mémorables observations* article *tutelle.*

Le premier arrêt que le parlement de Paris a rendu contre cette jurisprudence est du 14 Août 1587. Il a jugé que les parens nominateurs n'étaient point garans de l'insolvabilité survenue depuis la nomination. Le 14 Décembre 1600, il en est intervenu un autre qui a été plus loin. Il a décidé qu'encore que les parens eussent choisi un tuteur insolvable et mauvais ménager au temps de la nomination, il n'y avait aucun recours contre eux.

Il a été rendu des arrêts semblables les 5 juillet et 12 août 1603 et le 16 juillet 1640.

Nous avons dit ci-devant, qu'à défaut de parens on doit appeler des voisins et des amis pour la nomination du tuteur.

Il faut ajouter ici qu'ils ne sont nulle part responsables de la solvabilité, et encore moins de l'administration de celui qu'ils ont nommé. C'est la disposition expresse du règlement de Normandie, article 21, et de l'édit des tutelles de Bretagne, article 5.

---

253. Si cependant ils ne se trouvent pas en nombre suffisant dans ce district, ils peuvent être pris dans les autres, et même à défaut de parens de l'une et de l'autre ligne, les amis du mineur peuvent être appelés pour former ou compléter le nombre requis.

253. If, however, a sufficient number be not found in the district, they may be taken in other districts, and even in default of relations of both lines, the friends of the minor may be called to form or to complete the number required.

---

* V. *Lamoignon*, *Pothier*, *Pigeau et Guyot*, cités sous les arts. 251 et 252.

---

* *Boileux*, *p.* 350-351. } Les parens ou alliés doivent être pris en nombre égal dans la ligne paternelle et dans la ligne, maternelle : si donc il ne se trouve pas dans l'une des deux lignes, assez de parens ou alliés pour compléter le nombre que chaque ligne doit fournir, on ne peut choisir des parens ou alliés de l'autre ligne, le juge de paix doit compléter le conseil en y appelant, à son choix, soit des parens ou alliés domiciliés à plus de deux myriamètres, soit dans la commune même, des personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec les père et mère du mineur, ou avec l'intéressé lui-même, lorsque le conseil de famille est convoqué en matière d'interdiction : si c'est la ligne paternelle, s'il n'y a pas assez de parens, il appellera

des amis du père ; si c'est la ligne maternelle il choisira des amis de la mère. Cette distinction nous paraît conforme à l'esprit de la loi. (Demolombe, No. 268).

Mais il ne pourrait appeler des amis domiciliés hors de la commune où le conseil s'assemble ; car l'amitié n'impose pas des devoirs aussi étendus que les liens du sang.

L'art. 409 procure le moyen, en ce qui concerne les enfans naturels, de former un conseil de famille composé d'amis, qui veillera sur leur personne et sur la gestion du tuteur qu'il aura désigné.

---

* *C. N.*, 409. } Lorsque les parens ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parens ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.

---

254. Les parens et alliés du mineur qualifiés à faire partie du conseil de famille, et qui n'y ont pas été convoqués, ont le droit de s'y présenter et d'y donner leur avis, de même que s'ils eussent été appelés.

254. Persons related or allied to the minor, qualified to make part of the family council, and who have not been called, have a right to attend, and to give their advice as if they had been called.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 303. } Il est d'usage à Paris d'appeler à cette nomination sept parens au moins, ou douze au plus ; mais cet usage n'exclut pas ceux qu'on n'a pas appelés de se présenter, et de donner leurs avis au juge, qui s'en sert comme bon lui semble.

255. Le juge ou le protonotaire, sur requête de la part d'une personne compétente, convoque par devant lui les parents, alliés ou amis qui doivent composer le conseil de famille, et émet, à cette fin, un ordre qui est notifié aux parties à la diligence de celui qui en provoque la convocation.

255. The judge or prothonotary, on petition of a competent person, calls before him the relations, connections, or friends of the minor who are to compose the family council, and for this purpose, grants an order which is notified to the parties at the instance of the person seeking the convocation.

---

* *S. R. B. C., ch.* 86. } Acte concernant les actes d'émancipation, et les assemblées de parents et amis, par devant Notaires, pour l'élection de tuteurs, subrogés-tuteurs et curateurs.

ACTES D'ÉMANCIPATION.

1. Tout acte d'émancipation pourra être accordé hors de cour par l'un des juges de la cour supérieur, sujet cependant à être cassé et annulé par la Cour supérieure, en la manière et forme prescrites par la section quatre du présent acte, concernant les tutelles et curatelles. (41 G. 3, c. 7, s. 19.)

Ss. 2 et 3, citées sous art. 88.

4. Dans tous les cas d'élection de tuteur ou curateur, soit à la personne ou aux biens, ou *ad hoc.*, homologuée par l'un des juges de la Cour supérieure du Bas-Canada, hors de la cour, la dite cour supérieur, sur requête des plus proches parents aux fins de casser et annuler telle élection de tuteur ou de curateur, après avoir pris connaissance de la cause et entendu le tuteur ou curateur nommé par acte homologué comme susdit, pourra casser et annuler telle élection, pour des raisons suffisantes en loi, et ordonner qu'il soit procédé à une nouvelle élection et nomination en la manière ordi naire. (41 G. 3, c. 7, s. 18.)

[ARTICLE 255.]

ASSEMBLÉE DEVANT NOTAIRES SANS L'AUTORISATION D'UN JUGE.

2. Chaque fois qu'il est nécessaire de convoquer une assemblée de parents et amis pour donner leur avis et opinion sur l'élection de gardiens ou tuteurs, subrogés-tuteurs, curateurs aux absents et aux successions vacantes, et sur d'autres matières qui requièrent l'avis des parents et amis, tout notaire près de la demeure des parents et amis, ou qui se trouve sur les lieux lors de la dite assemblée,—quelle que soit la distance de la demeure des dits parents et amis du lieu des séances de la Cour supérieure pour le district ou de la Cour de circuit, et sans l'autorisation formelle d'un juge de la dite Cour supérieure,—pourra convoquer telle assemblée:

2. Et tel notaire, sur la demande d'aucune des parties à la réquisition de laquelle le juge aurait pu convoquer une telle assemblée pourra convoquer une assemblée des dits parents et amis, leur administrer le serment prescrit par la loi et recevoir leurs avis et opinion concernant l'affaire soumise à leur décision, et pourra aussi administrer le serment d'office suivant la loi, aux tuteurs, curateurs et autres personnes qui seront ainsi nommées, de l'avis et consentement des parents et amis (14, 15 V., c. 58, s. 1.)

6. Avant de convoquer telle assemblée de parents et amis, le requérant déclarera au notaire, fidèlement et correctement l'objet et le but de l'assemblée et les raisons qui la nécessitent de la même manière qu'il est requis de le faiire dans les requêtes présentées aux juges pour des fins semblables, ce dont le notaire prendra acte dans la forme de la cédule A annexée au présent acte.

2. Mais plusieurs personnes, dans un intérêt commun, pourront faire conjointement telle déclaration, et comparaître et agir conjointement dans tous les procédés et actes mentionnés dans les sections suivantes. (14, 15 V., c. 58, s. 2.)

7. Chaque fois qu'il sera question de nommer des gar

diens ou tuteurs, subrogés-tuteurs ou curateurs, tout notaire pourra faire venir par-devant lui les parents, et à défaut de parents (le défaut de parents ayant au préalable été constaté et déclaré,) les amis ; il administrera le serment accoutumé aux personnes composant telle assemblée, leur fera lecture du contenu de l'acte mentionné en la section précédente, et recevra leurs avis et opinion, administrera le serment d'office au gardien, tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou autre personne ainsi élue, et en dressera acte suivant la cédule B, mentionnant les degrés de parenté, qualités et domiciles des personnes composant la dite assemblée, et s'il y a opposition ou division d'opinion, mentionnant les raisons données par les diverses personnes composant cette assemblée. (*Ibid.*, s. 3)

8. Les juges, ou l'un des juges de la Cour supérieure, pourront homologuer ou refuser d'homologuer, suivant le cas, tous ou aucun des procédés adoptés par-devant notaires en vertu du présent acte, et pourront faire et accorder tels actes, ordres ou élections d'une manière aussi ample que si les parents ou amis avaient été présents, et eussent donné personnellement devant lui ou eux leur opinion sur l'objet en question. (16 V., c. 91.)

9. Dans tous les cas ou matières, où la loi permet au juge dans le Bas-Canada de déléguer les pouvoirs pour recevoir les avis de parents et amis, tout notaire, sans autorisation préalable du juge, pourra convoquer et présider les dites assemblées de parents et amis, faire prêter les serments requis, et recevoir l'avis des dits parents et amis, mais il sera fait rapport de tous ces procédés au juge qu'il appartient pour être homologués si faire ce doit ; le tout en observant les formalités voulues par les quatre sections précédentes du présent acte et les dispositions de la loi en autant qu'elles ne sont point incompatibles avec la présente section. (19 V., c. 17.)

10. Rien de contenu dans les cinq sections précédentes du présent acte n'empêchera aucun juge de la Cour supérieure

de convoquer telle assemblée de parents et amis, ou d'autoriser aucun notaire ou autre personne, à convoquer, sur demande des parties, telle assemblée en la manière prescrite par la loi, et comme il le jugera convenable pour les fins de la justice. (14, 15 V., c. 58, s. 4.) Cédule A.—L'an mil huit cent——,le———jour de, à—midi par devant nous, notaire public pour le Bas-Canada, soussigné, résidant dans le district de———, comparu A. B. résidant—et—déclaré que——sur quoi——requiert l'avis de parents et amis d———

Dont acte à——

Cédule B.—L'an mil huit cent——,le——jour de—à—midi, par-devant nous, notaire public pour le Bas-Canada, soussigné, résidant dans le district de——comparu—A. B., résidant ——Lequel aurait fait assembler par-devant nous, notaire susdit, aux fins mentionnées en la déclaration ci-dessus, faite devant nous en date d——(*ou* faite devant tel autre notaire, le—) et tendant à—savoir :— à défaut de parents,———Lesquels après serment prêté sur les saints Evangiles, avoir pris communication de la déclaration sus-mentionnée et avoir mûrement délibéré entre eux, ont été unanimement d'avis (*ou suivant le cas*) que l—dit—soi—le—quel—ici présent—volontairement accepté l—dite charge et promis par serment faire devoir en icelle.

Dont acte à—(Cédules A. et B. de 14, 14 V. c. 58).

---

* *S. R. B. C., ch.* 78, *s.* 23, *cité sous art.* 88.

---

256. Si les parties à convoquer résident à plus de cinq lieues, le tribunal, le juge ou le protonotaire peut, s'il en est requis, autoriser un notaire, ou

256. If the persons to be called reside at a greater distance than five leagues, the court, judge or prothonotary may, if requested, autorize a notary

toute autre personne compétente, à tenir sur les lieux les dites assemblées, à administrer le serment requis, à recueillir les avis sur les nominations à faire, et même à administrer le serment d'office au tuteur choisi.

or other competent person to hold such family council at the place where such parties reside, to administer the necessary oath, to take their advice on the appointments to be made, and even to administer the oath of office to the tutor chosen.

---

* Voy. *S. R. B. C., ch.* 78, *s.* 23, *citée sous art.* 88.

---

257. Dans tous les cas où, d'après les articles précédents, le juge peut convoquer le conseil de famille, il est loisible à tout notaire, résidant ou étant au lieu où doit se faire l'assemblée, sans égard à la distance, de la convoquer lui-même sans l'autorisation du juge, et d'y agir de la même manière a tous égards que s'il eut été délégué par le juge.

257. In every case in which, according to the preceding articles a judge may call before him, or delegate the right to call a family council, it is lawful for any notary, residing or present at the place where the meeting is to be held, without regard to distance, to call it himself without the authorization of the judge, and to act therein in the same manner in every respect as if he had been delegated by the judge.

---

* Voy. S. R. B. C., ch. 86, ss. 5 et 9, citées sous l'art. 255.

---

258. Le notaire ne peut cependant procéder comme en l'article qui précède, qu'en autant qu'il en est requis par une des personnes à la demande desquelles la convocation aurait pu être faite par le juge, et dans ce cas, le requérant fait devant le notaire une déclaration de l'objet et des motifs de sa demande, de la même manière que si elle était adressée au juge. De cette déclaration le notaire est tenu de dresser acte par écrit.

258. The notary can, however, act in conformity with the preceding article, only when he is requested to do so by one of those at whose instance such council might have been called before a judge; and in such case, the petitioner makes a declaration before the notary, of the object and motives of his demand, in the same manner as if it were addressed to a judge. Of this declaration the notary must draw up an act in writing.

* Voy. S. R. B. C., ch. 86, s. 6, citée sous l'art. 255.

259. Les assemblées que peuvent ainsi convoquer les notaires se composent de la même manière que celles appelées devant le juge; ce n'est qu'à défaut de parens et alliés que les amis du mineur y sont admis, et ce défaut doit être constaté par le notaire et mentionné dans son rapport.

259. Family councils thus called by notaries, are composed in the same manner as those called before a judge. It is only in default of persons related or allied to the minor, that his friends are admitted, and this default must be verified by the notary, and mentioned in his report.

* Voy. S. R. B. C., ch. 86, s. 7, citée sous l'art. 255.

260. La déclaration mentionnée en l'article 258 est d'abord lue aux parens assemblés ; le notaire prend leur avis et dresse, par écrit, un acte de leur délibération, lequel acte doit contenir mention des oppositions qui ont été faites et des diverses opinions qui ont été émises ainsi que la qualité, résidence et degré de parenté de ceux qui ont composé l'assemblée.

260. The declaration required by article 258 is first read to the family council; the notary takes their advice and draws up an act in writing of their deliberation, which act must mention the oppositions that were made, and the different opinions which were given, as also the quality, place of residence, and degree of relationship of those who composed the meeting.

* Voy. *S. R. B. C.*, *ch.* 86, *ss.* 7 et 8, citées sous l'art. 255.

261. Dans tous les cas où ces assemblées sont convoquées et tenues par un notaire, soit qu'il ait été délégué par le juge ou par le protonotaire, ou qu'il ait agi sans délégation, ce notaire est tenu de faire au tribunal ou au juge ou au protonotaire auquel il appartient, un rappórt complet et circonstancié de ses procédés, accompagné des actes et déclarations qu'il est de son devoir de dériger.

261. In all cases where a family council is called and held by a notary, whether delegated by a judge or prothonotary or not, such notary is bound to make a complete and circumstantial report of his proceedings to the proper court or judge, or prothonotary, accompanied with the acts and declarations thrt it is his duty to draw up.

* Voy. *S. R. B. C.*, *ch.* 86, *ss.* 2, 7 et 9 citées sous arts. 87 et 255; et *ch.* 78, *s.* 73, citée sous l'art 88.

262. Le tribunal, juge ou protonotaire auquel ce rapport est adressé peut homologuer ou rejeter les procédés y contenus, lesquels sans homologation ne sont d'aucun effet. Il leur est également loisible d'ordonner, sur ces procédés, tout ce qu'ils jugent convenable, de même que si le conseil de famille eût été convoqué devant eux.

262. The court, judge or prothonotary receiving this report, may homologate or reject the proceedings therein contained, which, without homologation, produce no effect. They may likewise make any order relative to such proceedings that they deem advisable, in the same manner as if the family council had been called before them.

---

* Voy. *S. R. B. C.*, *c.* 86, *ss.* 2 et 8, citées sous art. 87 et 255 ; et *ch.* 78, *s.* 23, citée sous l'art. 88.

---

263. Dans tous les cas où un tuteur a été nommé hors de cour, le tribunal, sur requête de toute personne apte à provoquer l'assemblée du conseil de famille, peut, après avoir entendu ce tuteur, annuler sa nomination et en ordonner une nouvelle.

263. In all cases where a tutor has been appointed out of court, the court may, on the petition of any one entitled to have a meeting of the family council called, and after having heard the tutor, cancel his appointment and order a new one.

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 307-308. } Les parens ou les mineurs qui ont des raisons pour faire rejeter la nomination faite par le juge, doivent en appeler ; ils n'ont pas d'autre parti à prendre. Le ministère public le peut aussi, mais comme il ne

peut pas toujours pénétrer les raisons du choix, il ne doit se pourvoir que lorsqu'il est visible que les intérêts des mineurs ont été méprisés.

* Voy. *S. R. B. C., ch.* 86, *sec.* 4, *citée sous l'art.* 255.

264. L'on ne nomme qu'un seul tuteur à chaque mineur, à moins qu'il n'ait des biens éloignés les uns des autres ou situés dans différents districts, auquel cas il peut être nommé un tuteur pour chacun des lieux ou districts où sont situés les immeubles. Ces tuteurs sont indépendants les uns des autres ; chacun n'est tenu que pour la partie des biens qu'il a administrés.

C'est le tuteur du domicile qui a l'administration de la personne du mineur.

L'on peut cependant, en certains cas, nommer un tuteur distinct à la personne du mineur.

L'on peut aussi nommer tuteurs conjoints la mère, ou autre ascendante remariée, et son second mari.

264. One tutor only is named to each minor, unless he has immoveable property in places remote from one another or in different districts, in which case a tutor may be appointed for each place or district wherein such immoveable property is situated. These tutors are independent of one another ; each of them is only liable for that portion of the property which he has administered.

The tutor of the domicile of the minor has the care of his person.

Nevertheless, in certain cases, a separate tutor may be appointed to the person of the minor.

The mother or other female ascendant, who has remarried, may also be appointed joint-tutor with her second husband.

[ARTICLE 264.]

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *arts.* 15 *et* 16. } Ne sera donné qu'un tuteur au mineur, si faire se peut, toutefois si les mineurs ont des immeubles éloignés les uns des autres, en diverses provinces, on pourra leur donner divers tuteurs séparément pour chacune province, et chacun d'eux sera seulement responsable du fait de son administration.

Mais si le juge donne aux mineurs deux ou plusieurs tuteurs confusément, et sans séparer leur administration, chacun des tuteurs pourra être poursuivi solidairement; tant par les mineurs, après la tutelle finie, que par ceux qui ont des actions contre les mineurs durant leur administration, sauf le recours des uns contre les autres, quelques divisions qu'ils aient faites entre eux pour le règlement de leurs fonctions.

---

* *Pothier, Intr. aux Cout., Tit.* 9, *no.* 12. } Lorsque le mineur a des biens en France et dans les Colonies, on doit lui élire un tuteur en France pour les biens de France, et un aux Colonies pour les biens des Colonies. Ces tuteurs sont indépendants l'un de l'autre : mais l'éducation du mineur appartient à celui du lieu où le père du mineur avait son domicile lors de son décès, ce domicile étant celui du mineur. Voy. la Déclaration du 14 Fév. 1722.

---

* *Meslé, p.* 133. } L'administration doit être déférée à un seul, parce qu'il est ordinairement plus expédient que les biens soient gouvernés par la même personne, (L. 3. 6, L. 24, *infine. De adminis. et peric. tut.*) Toutefois si le mineur a des biens en différentes provinces, on pourra lui donner divers tuteurs séparément pour chacune province, et chacun d'eux sera seulement responsable de son administration. Recueil des arrêtés, art. 16.

[ARTICLE 264.]

* 4 *Pandectes Frs., p.* 462. } Quelquefois, lorsque le mineur a des biens dans des contrées éloignées les unes des autres, on lui nomme plusieurs tuteurs; c'est-à-dire un dans chaque contrée, où il a des biens. Alors, chaque tuteur a la gestion des biens situés dans la contrée où il est nommé. Ils sont indépendants l'un de l'autre. C'est celui du domicile qui a l'administration de la personne du mineur.

Il arrive encore que l'on nomme deux tuteurs, l'un, que l'on appelle honoraire, qui n'a que le gouvernement de la personne; l'autre que l'on nomme onéraire, et qui n'a que l'administration des biens.

Le premier doit veiller à l'éducation, et aux mœurs du mineur. C'est lui qui doit consentir au mariage, et procurer l'établissement.

Le tuteur onéraire doit gérer les biens, agir pour le mineur, et l'autoriser; en un mot, gérer la tutelle. Il est le seul qui ait un compte à rendre.

---

* 17 *Guyot, Rép. Vo. Tuteur, p.* 313 *et* 314. } Nous avons dit que d'après la loi unique, C. *ubi petantur tutores*, que le juge de la situation des héritages du pupille peut aussi bien lui nommer un tuteur que celui du lieu où il est domicilié. Mais cela n'a plus lieu parmi nous que dans deux cas : le premier, lorsqu'un pupille, domicilié hors du royaume a des biens en France ; le second, lorsque les biens du pupille, quoique tous situés sous la domination du roi, sont dispersés partie dans l'intérieur du royaume, et partie dans les colonies françaises.

Ce dernier point est réglé par trois déclarations des 15 déc. 1721 ; premier oct. 1741, et premier fév. 1743.

---

* 1 *Pigeau*, *p.* 71. } Quelquefois le mineur a deux tuteurs, cela arrive dans trois cas; le premier est celui de substitution dont on vient de parler; le second, lorsque les mineurs ont des biens si éloignés les uns des autres, qu'un seul tuteur ne pourrait veiller à tous, v. g. lorsqu'ils en ont en France et dans nos colonies; le troisième est lorsque le mineur est qualifié; on lui donne un *tuteur honoraire* dont la fonction s'étend à tout ce qui est relatif à sa personne, comme l'éducation, etc.; ainsi, toutes les actions qui concernent la personne même du mineur, doivent être exercées par le tuteur seul; v. g. si le mineur se prétend légitime, l'action à intenter contre ceux qui lui disputent cette qualité, se dirige au nom de ce tuteur; le second s'appelle *tuteur onéraire*, sa fonction est de veiller aux biens et d'intenter toutes les actions qui y sont relatives.

---

* *C. N.*, 471. } Quand le mineur, domicilié en France, possèdera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ses biens sera donnée à un protuteur. En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendans, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective.

---

265. Le tuteur agit et administre en cette qualité du jour de sa nomination, si elle a eu lieu en sa présence, sinon du jour qu'elle lui est notifiée.

265. A tutor acts and administers, as such, from the time of his appointment, if it take place in his presence, otherwise from the time of his being notified of it.

---

* *ff. Lib.* 26, *Tit.* 7, *L.* 1, § 1. } *De administ. et peri. tut.* Gerere atque administrare tutelam, extra ordinem tutor cogi solet.

[ARTICLE 265.]

Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a divo Marco constitutum est, ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem si quam habet, allegat intra tempora prœstituta, suo periculo cessat.

---

* *Pothier, Intr. aux Cout. tit.* 9, *No.* 13. } Celui qui est élu tuteur doit aussitôt, s'il est présent, prêter le serment de fidèlement gérer la tutelle. S'il est absent, celui sur la poursuite de qui s'est faite l'élection, l'assigne pour être condamné à accepter la tutelle et à prêter le serment.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *art.* 56 *et suiv.* } Ceux qui ont des excuses légitimes les proposeront sur le champ, s'ils sont présents en l'acte de tutelle, sinon trois jours après la signification faite à leurs personnes, ou domicile, de l'acte contenant leur nomination, s'ils sont demeurants au même lieu où a été fait l'acte de tutelle ; et s'ils sont domiciliés ailleurs, le délai sera prorogé selon la distance des lieux, à raison d'un jour pour dix lieux ; et à faute de proposer les excuses dans les délais prescrits, elles ne seront reçues.

[57.] La tutelle demeurera aux périls et fortunes du tuteur, du jour qu'il sera nommé, encore qu'il n'ait point fait le serment, si la nomination a été faite en sa présence, sinon du jour qu'elle lui aura été signifiée.

[58.] On peut appeler du jugement intervenu sur l'avis des parents ; mais l'appel n'est recevable du dit avis, ni de leur nomination, sauf au tuteur nommé, qui se plaint, à proposer ses empêchements et ses excuses pardevant le juge de la tutelle.

[59.] Le tuteur, appelant doit administrer et est chargé de la tutelle, nonobstant et sans préjudice de son appel, et ce qu'il a géré cependant sera valable, encore que par l'événement il soit déchargé de la tutelle.

---

* *C. L.*, 297. } Le tuteur administre et agit en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a été faite en sa présence, sinon du jour qu'elle lui a été notifiée.

---

* *C. N.* 418. } Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a été faite en sa présence ; sinon du jour qu'elle lui aura été notifiée.

---

266. La tutelle est une charge personnelle qui ne passe pas aux héritiers du tuteur. Ceux-ci sont seulement responsables de la gestion de leur auteur. S'ils sont majeurs, ils sont tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

266. Tutorship is a personal office which does not pass to the heirs of the tutor. They are simply responsible for his administration. If they be of age, they are bound to continue such administration until a new tutor is appointed.

---

* 1 *Bourjon, p.* 70, 71. } La tutelle finit par la mort du pupille, sauf la restriction qui suit ; première cause de sa fin, elle était inséparable du pupille, puisqu'elle n'était relative qu'à lui. *Finitur tutela morte pupilli*, § 3, *Inst. quib. mod. tut. fin.* C'est raison écrite et adoptée.

Cependant le tuteur ne doit pas abandonner l'administration, jusqu'à ce que les héritiers du pupille décédé soient en état de l'en décharger, cette continuation de son administration est une suite de sa qualité : mais les intérêts purement pupillaires, c'est-à-dire, intérêts d'intérêts, cessent.

C'est l'opinion commune au Châtelet ; c'est l'esprit de la loi citée.

Elle finit pareillement par la mort du tuteur ; néanmoins

l'héritier du tuteur, s'il est en état et en âge d'agir, doit veiller à la conservation des droits du mineur, jusqu'à ce qu'il ait été pourvu d'un nouveau tuteur ; seconde cause de sa fin.

Telle est encore sur ce l'opinion commune au Châtelet, par rapport à la dernière partie de la proposition, fondée sur ce que c'est engagement qui résulte de la qualité d'héritier; mais engagement limité, comme on l'a expliqué.

Elle finit par la majorité qui met le pupille en état d'agir pour lui-même, et hors la puissance du tuteur : troisième cause de sa fin.

Dans cette cessation, comme dans les précédentes, le tuteur, nonobstant la majorité, doit continuer à administrer jusqu'à ce qu'il ait rendu compte. La raison est que, jusqu'à ce, il est tenu de toutes les actions de la tutelle, et que jusqu'à la reddition de son compte, le pupille est censé mineur ; il doit donc continuer son administration jusqu'au compte. Voy. Ord. de 1667.

La mort civile du tuteur la fait cesser; elle le retranche de la société et le dépouille de sa qualité ; quatrième cause de la fin de la tutelle. Elle cesse aussi par l'émancipation dont on va traiter dans le chapitre qui suit : c'est la cinquième et dernière cause de sa fin, parce qu'elle avance, quant à ce l'effet de la majorité.

---

* *Lahaye, sur art.* 419, *C. N.* } *Domat, lois civ., liv.* 2, *tit.* 1, *sec.* 4, *n.* 5.—Les héritiers du tuteur sont tenus de répondre de toute son administration, et même des dommages causés par son dol ou sa négligence, et de ce qu'il peut avoir manqué de gérer, et ils doivent rendre le compte pour lui comme il aurait dû le rendre lui-même.

N. 6.—Quoique les héritiers des tuteurs ne soient pas tuteurs, si l'héritier du tuteur décédé est un homme en âge d'agir, et qui en soit capable, il est obligé de prendre soin

des affaires que le tuteur avait commencées jusqu'à ce qu'il y ait un autre tuteur, ou qu'il y soit autrement pourvu ; et s'il y manquait de mauvaise foi, ou par négligence grossière, il en serait tenu.

Hua.—De la continuer.—Cette obligation qui leur est imposée personnellement et non comme représentant le défunt, s'exécute de leur part sans leur attribuer par conséquent aucune qualité d'héritier.

Duranton, t 3, *n.* 410.—Cette charge n'est pas à proprement parler publique, parce qu'elle s'exerce au profit d'un particulier.

Mais elle intéresse le bien général, puisqu'il est de l'intérêt général que les mineurs ne restent pas sans défenseurs, qu'ils aient quelqu'un qui les représente et avec lequel les autres citoyens puissent traiter, comme s'ils traitaient avec le maître en état de pleine capacité.

A. Dalloz, tutelle, n. 3.—Une fois acceptée, la tutelle ne peut plus être répudiée sans cause légitime survenue pendant sa durée. (Locré)

Boileux.—Si les héritiers étaient eux-mêmes mineurs incapables, l'administration et celle des biens du pupille passeraient provisoirement au subrogé-tuteur qui devrait faire toutes diligences pour hâter la nomination d'un nouveau tuteur.

---

* *Meslé, p* 285 *et suiv.* } Quoique le tuteur et le curateur cessent de l'être en mourant, les mineurs ne cessent pas pour cela d'avoir besoin d'administrateurs. L'héritier du tuteur et du curateur qui se trouve saisi de la succession et de tout ce qu'elle contient, demeure par conséquent saisi de l'administration, quoique l'héritier du tuteur ne soit pas tuteur, cependant si l'héritier est mâle et d'âge légitime, il est obligé d'expédier les affaires qui ont été commencées par le défunt, *quamvis hæres tutoris non est,*

tamen ea quæ per defunctum incohata sunt, per hæredem, si legitimæ ætatis et masculus sit, explicari debent in quibus dolus ejus admitti potest, L. 1, *ff. De fide jussoribus et nominatoribus et hæredibus tutorum et curatorum.* Si le tuteur défunt a commencé l'administration, l'héritier sera donc tenu de faire pourvoir d'un administrateur, ou d'administrer lui-même; les héritiers du tuteur sont obligés de faire procéder à l'élection d'un nouveau tuteur, et jusqu'à ce qu'il ait été nommé, doivent continuer l'administration de la tutelle, art. 57, des Arrêtés du parlement de Rouen, sur les tutelles.

Ainsi la tutelle étant finie par la mort du tuteur, son héritier demeure obligé de faire procéder à la nomination d'un nouveau tuteur, faute de quoi il demeure chargé de l'administration; cependant les parens sont en droit de faire procéder à la nomination d'un nouveau tuteur; et réciproquement l'héritier du tuteur, quoiqu'il ait continué la gestion, est en liberté de demander qu'il soit pourvu d'un tuteur aux mineurs: l'héritier du tuteur est tenu comme héritier de rendre compte de ce qui a été administré par le défunt, que s'il a continué la gestion, il est tenu en son propre et privé nom, jusques là que s'il y a du dol en sa conduite, le serment *in litem* peut être déféré contre lui, *Cùm ostendimus hæredem quoque tutelæ judicio posse conveniri, videndum an etiam proprius ejus dolus, vel propria administratio, veniat in judicium, et exstat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris, hæres ejus negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit, et consumpserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit tutelæ judicio eum teneri suo nomine. Nam cùm permittatur adversùs hæredem ex proprio dolo jurari in litem, apparet eum judicio tutelæ teneri ex dolo proprio*, L. 4, ff. *de fid. et nomin.* Ce qui est dit dans ce texte du serment *in litem* avait lieu contre l'héritier qui refusait de rendre ou de représenter l'inventaire et les titres et papiers de la tutelle. Ce serment n'avait pas lieu indistinctement contre l'héritier

du tuteur, comme contre le tuteur, mais seulement quand il paraissait qu'il y avait du dol de la part de l'héritier. Le § 1, de la loi 8 et dernière, *ff. de fidej. et nomin.* dit, qu'en ce cas les constitutions des empereurs avaient eu égard à l'ignorance des héritiers, *constitutionibus subventum est ignorantiæ hæredum.* L'héritier du tuteur étant tenu comme tuteur en son nom, sera donc contraignable par corps, mais ce ne sera que pour son dol, *judicio tutelæ teneri ex dolo proprio.* Son obligation pour ce qui lui est personnel, soit faute de gérer soit pour ce qu'il a géré, ne vient que du dol qu'il peut commettre, *in quibus dolus ejus admitti potest, L.* 1, *ff. De fid. et nom.* Sa simple négligence ne lui sera donc pas imputée, *negligentia planè propria hæredi non imputabitur,* L. 4, § 1, *ff. ibid.;* L. 1, Cod. *de hær. tut. et curat.* L'héritier du tuteur sera tenu des intérêts des deniers pupillaires qu'il a maniés, non pas tout-à-fait comme le tuteur en serait tenu, mais suivant que le juge l'arbitrera, *usuras quoque ejus pecuniæ, quam pupillarem agitavit, præstare debet hæres tutoris : quantas autem et cujus temporis usuras præstare debeat, ex bono et æquo constitui ab Judice oportet,* L. 4, § 2, *ff. De fid. et nom.* Quand la loi première, au Code, *De her. tut.* dit, que l'héritier n'est pas tenu de sa négligence, elle en excepte le cas où le procès a été contesté avec le défunt tuteur, et celui où l'héritier du tuteur a tiré du profit aux dépens du pupille, *hæredes tutorum ob negligentiam quæ non latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet : si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit,* L. 1, C. *De hæred. tut.* Il n'est pas tenu de la négligence qui ne peut être comparée à une grande faute. Donc s'il y avait une négligence grande et affectée il serait tenu.

Mais si les héritiers du tuteur sont mineurs, ou sont des filles, ils ne seront tenus de rien, puisqu'ils ne sauraient être obligés de répondre de ce dont ils ne sont pas capables ; c'est pourquoi la loi première au ff. *De fid., et nom.* pour

obliger l'héritier du tuteur au soin de la tutelle, ajoute la condition, s'il est mâle et d'âge légitime, *Si legitimæ ætatis et masculus sit.*

---

* *C. N.*, 419. } La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur; et, s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

SECTION II.

DU SUBROGÉ-TUTEUR.

267. Dans toute tutelle il doit y avoir un subrogé tuteur dont la nomination est faite par le même acte, de la même manière, et est sujette à la même révision que celle du tuteur. Ses fonctions consistent à voir à ce que l'acte de tutelle soit enregistré, assister à l'inventaire, surveiller l'administration du tuteur, le faire destituer si le cas y échet, et agir pour les intérêts du mineur chaque fois qu'ils sont en opposition à ceux du tuteur.

SECTION II.

OF SUBROGATE-TUTORS.

267. In every tutorship there must be a subrogate-tutor, whose appointment is made by the same act, and in the same manner, and is subject to the same revision as that of the tutor. His duties consist in causing the act of tutorship to be registered, being present at the inventory, watching over the administration of the tutor, causing his removal if there be ground for it, and in acting for the interests of the minor whenever they are opposed to those of the tutor.

---

* *Cout. de Paris*, *art.* 240. } Quand l'un des deux conjoints par mariage va de vie à trépas, et délaisse aucuns enfants mineurs du dit mariage, si le survivant des deux con-

joints ne fait faire inventaire avec personne capable et légitime contradicteur, des biens qui étaient communs durant le dit mariage, et au tems du trépas, soit meubles ou conquêts immeubles, l'enfant ou enfans survivans peuvent, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens, meubles et conquêts immeubles du survivant : posé qu'icelui survivant se remarie.

Ferrière sur art. 240, *C. P., p.* 83-84. } L'inventaire doit être fait en présence de personnes capables, et légitime contradicteur ; en sorte que s'il y a des mineurs, il doit être fait en présence de leur tuteur ; et si le survivant a leur tutelle, il doit être fait en présence d'un subrogé-tuteur, et par lui signé : autrement il y aurait nullité.

Le subrogé-tuteur doit être sans soupçon, et doit prendre garde que l'inventaire soit fidèle et exact ; autrement s'il était justifié de la fraude, et de l'intelligence entre le survivant et le tuteur subrogé, l'inventaire n'empêcherait pas la continuation de communauté, comme il a été jugé par arrêt.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *sec.* 5, *art.* 2. } Comme les mineurs quoiqu'émancipés, ne peuvent aliéner leurs immeubles, il est d'usage de préposer aussi le curateur par l'acte de curatelle, pour assister le mineur émancipé dans tous les actes où il s'agirait de quelque aliénation nécessaire de ces immeubles, tels que sont les actes de remboursement de ses rentes, les partages, licitations, etc., pour en recevoir les fonds et en faire l'emploi.

On donne aussi aux mineurs des curateurs, qu'on appelle curateurs aux actions contraires. Cela a lieu toutes les fois qu'un tuteur a des actions à diriger contre le mineur, ou qu'il y a quelque partage, ou autres actes à faire entre eux. Comme personne ne peut autoriser son mineur, ni stipuler pour lui dans les actes où il est lui-même partie contre lui, il est

donc nécessaire que le mineur ait pour ces actes une personne qui l'autorise et le représente. C'est le curateur aux actions contraires qui est préposé pour cela. Ces curateurs ne sont quelquefois créés que dans une action ; ce qui arrive lorsqu'on ne prévoit pas qu'il arrive durant la tutelle d'autres occasions où le mineur ait besoin de curateur aux actions contraires.

Le cas le plus fréquent est lorsque le survivant de deux conjoints, tuteur de leurs enfants, veut empêcher la communauté entre lui et ses enfants, ou la dissoudre. Comme il faut pour cela qu'il fasse un inventaire entre lui et ses enfants, il leur fait nommer par le Juge un curateur ou aucteur pour le fait de cet inventaire. Si le survivant ne se contente pas de dissoudre la communauté, mais qu'il veuille la liquider, et partager avec ses enfants, il doit faire nommer un curateur, non-seulement pour le fait de l'inventaire, mais aussi pour le fait de la liquidation et partage ; car les curateurs *ad unum actum*, n'ont de caractère que pour les actes pour lesquels ils sont nommés.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 4, *N.* 11. } En procédant à la nomination d'un tuteur, sera par le même acte élu un curateur, ou subrogé-tuteur, pour assister à l'inventaire, défendre aux actions de tuteur contre les mineurs, et exercer celles que les mineurs peuvent avoir contre leur tuteur.

---

* *Meslé*, *p.* 143. } La charge du tuteur subrogé n'est que pour assister à l'inventaire, et finit quand l'inventaire est clos et achevé. Si le tuteur a quelque action à intenter contre le mineur, ou le mineur contre le tuteur, il faut créer pour cela un tuteur ou curateur au mineur. L'usage pratiqué dans la Coutume de Paris de nommer par l'acte même de tutelle le tuteur subrogé pour servir de contradicteur dans l'inventaire qui est à faire des biens du mineur, est conforme aux principes de droit.

Id., *p.* 217. Il parait par d'anciens actes de tutelle et curatelle, que l'usage était à Paris de nommer pour la même tutelle ou la même curatelle plusieurs tuteurs ou plusieurs curateurs. L'usage y est présentement de nommer outre le tuteur qui doit gérer, un subrogé-tuteur qui n'a pas d'autre fonction que d'assister à l'inventaire pour y servir de contradicteur au tuteur. Le subrogé-tuteur est proprement ce qu'est le curateur ; ce qui est absolument nécessaire dans le cas où il faut arrêter la continuation de communauté, parce que la Coutume de Paris veut pour cela un légitime contradicteur dans l'inventaire, dont il est parlé au § 4 et dernier, aux Institutes *de auctoritate tut.* et qui est donné pour défendre la cause du pupille contre le tuteur.

---

* 4 *Ancien Denisart*, *p.* 576. *V. Sub. tut.* } On nomme subrogé-tuteur, un tuteur donné à des mineurs pour veiller à la conservation de leurs droits, quand ils en ont d'opposés à ceux de leur tuteur.

Les fonctions les plus ordinaires des subrogés-tuteurs (ils sont nommés curateurs dans plusieurs endroits), sont de stipuler l'intérêt des mineurs dans l'inventaire des biens communs entre eux et leur tuteur, et d'apporter une attention singulière à ce qu'il ne soit rien omis de ce qui doit y être compris.

Le subrogé-tuteur doit être nommé par avis de parens homologué de la même manière que pour les tuteurs; il doit aussi accepter sa qualité, et prêter serment de bien et fidèlement s'acquitter des fonctions qu'elle lui donne, et cela à peine de nullité de l'inventaire qui serait fait avec lui, ainsi que la Cour l'a jugé par arrêt rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général D'Aguesseau, le 10 Juin 1698. On peut sur cela consulter Duplessis, de la *Communauté*, 3e édition, et l'arrêt du 12 Décembre 1686, rapporté par Augeard, éd.

in fol. tôm. 1er, No. 15. M. le lieutenant-civil le Camus a d'ailleurs attesté ce point de droit par un acte de notoriété du 18 Janvier 1701.

---

* 1 *Malleville*, *p*. 383. } On ne connaissait point, dans les pays de droit écrit, ce subrogé-tuteur, mais s'il survenait quelque discussion entre le tuteur et le pupille, ou si, dans un procès, ils se trouvaient avoir des intérêts différents, on donnait alors un curateur au mineur.

C'est dans les pays coutumiers qu'est né l'usage de nommer un subrogé-tuteur, en même temps que le tuteur, pour assister à l'inventaire des effets du mineur, et pour l'autoriser dans les discussions qu'il pourrait avoir avec le tuteur ordinaire.

Chacun de ces modes a ses avantages et ses inconvéniens. La nomination du subrogé-tuteur, faite en même temps que celle du tuteur, économise les frais du mineur; mais aussi on choisit mieux le curateur qui convient lorsqu'il est nommé à l'instant que le besoin s'en manifeste.

Cependant la nomination constante et régulière de ce subrogé-tuteur me paraîtrait très-raisonnable, si on ne l'avait pas étendue jusqu'à la tutelle même des pères et mères; *quis enim talis affectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum*, L. 7, Cod. *de cur. fur.*

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p*. 521 *et* 522. } Le subrogé-tuteur tient, chez nous, la place du curateur que, suivant les lois romaines, on nommait au mineur qui avait des intérêts contraires à ceux du tuteur.

Il y a cette différence, que l'on ne nommait ce curateur, que dans le cas où il s'élevait quelques contestations entre le pupille et le tuteur, ou lorsqu'ils avaient accidentellement des droits à régler, l'un vis-à-vis de l'autre : et que la charge de ce curateur cessait, avec l'affaire pour laquelle il avait été

nommé ; au lieu que, chez nous, le subrogé-tuteur est permanent. Il fait partie intégrante de toute tutelle qui, surtout depuis le Code civil, ne peut plus exister sans lui.

Au reste, les fonctions du subrogé-tuteur, sont les mêmes que celles du curateur romain. Elles consistent principalement à défendre et assister le pupille dans tous les cas où il a des intérêts contraires à ceux de son tuteur. Il remplace ce dernier dans le cas où il ne peut agir, lorsque son impuissance n'est qu'accidentelle et momentanée ; car, si elle devenait constante et définitive, il faudrait nommer un autre tuteur.

---

* 2 *Toullier*, *no.* 1128. } L'institution de la tutelle ne pourvoirait qu'imparfaitement aux intérêts du mineur, s'il n'existait pas un contradicteur légitime, chargé de surveiller l'administration du tuteur, et d'agir pour le pupille dans tous les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur.

Telles sont les fonctions du subrogé-tuteur qui est aussi chargé de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, lorsque la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par absence (424) ; de convoquer le conseil de famille, pour délibérer sur la destitution du tuteur, lorsqu'il y aura lieu, et de poursuivre l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, ainsi que de répondre même en cas d'appel, au tuteur qui veut se faire maintenir dans la tutelle dont il a été destitué. (448).

Le subrogé-tuteur est encore spécialement chargé d'obliger le survivant des père et mère de faire inventaire des effets mobiliers de la communauté (1442), et de veiller, à ce que les inscriptions de l'hypothèque légale accordée aux mineurs à raison de la gestion du tuteur, soient prises sans délai, sur les biens de ce dernier, même de faire faire les dites inscriptions. (2137).

[ARTICLE 267.]

C'est encore le subrogé-tuteur qui doit répondre à la demande en réduction d'hypothèque formée par le tuteur, lorsque l'hypothèque n'a pas été restreinte par l'acte de tutelle.

[1129]. C'est toujours le conseil de famille qui nomme le subrogé-tuteur, et il doit en être nommé un dans toute espèce de tutelle.

---

* *S. R. B. C.*, *ch.* 37, *sec.* 30. } Les hommes mariés, les tuteurs à des mineurs et les curateurs aux personnes interdites seront tenus de faire enregistrer sans délai, soit par sommaire, soit au long, les hypothèques dont leurs immeubles sont grevés en faveur de leurs femmes, et en faveur des dits mineurs et personnes interdites, respectivement.

2. Et si un homme marié, tuteur ou curateur, néglige de faire cet enregistrement, et qu'en conséquence telle hypothèque devienne et soit postérieure à une hypothèque subséquente enregistrée, ou s'il consent ou permet qu'une hypothèque ou privilège postérieur soit acquis sur ses immeubles, sans déclarer dans l'acte constitutif de telle hypothèque ou privilège postérieur que les dits immeubles sont déjà grevés d'hypothèque, en faveur de telle femme mariée, mineur ou personne interdite, et sans réserve de priorité en faveur des hypothèques mentionnées en dernier lieu, tel homme marié, tuteur ou curateur sera considéré comme coupable d'un délit (*misdemeanor*) et sera aussi passible de tous les dommages et dépens qui en résulteront pour la partie lésée, et sera sujet à exécution contre la personne et à être emprisonné, jusqu'à ce que les dommages et dépens auxquels il aura été condamné soient payés et liquidés. (4 V. c. 30, s. 21,—12 V. c. 48, etc.)

Sec. 31. Tout sûbrogé-tuteur d'un mineur sera tenu de constater si les hypothèques du mineur sur les immeubles de son tuteur ont été enregistrées, soit par sommaire, soit au long tel que prescrit par cet acte, et si elles ne l'ont pas été,

de les faire enregistrer sans délai ; et si le subrogé-tuteur néglige de remplir ce devoir, il sera passible de tous les dommages qui pourront en résulter pour le dit mineur. (4. V. c. 30, s. 22,—12 V. c. 48, s. 1.)

Sec. 32. Si un homme marié, tuteur, curateur ou subrogé-tuteur néglige de faire les enregistremens prescrits dans cet acte, il sera permis à tout parent ou ami de tel homme marié ou de sa femme ou du dit mineur ou personne interdite, ou à telle femme ou à tel mineur de faire faire les dits enregistrements. (4. V. c. 30, s. 23.)

Sec. 33. Aucune action ne sera intentée ou maintenue par le mari pour aucune cause d'action dérivant de son contrat de mariage, dont l'enregistrement est requis en vertu de cet acte, ou par le tuteur d'un mineur ou curateur d'une personne interdite, qu'après l'enregistrement par sommaire ou tout au long de tel contrat de mariage, ou de la nomination du dit tuteur ou curateur. (4. V. c. 30, s. 24, etc.)

Sec. 34. Si un mineur contracte mariage, les père, mère tuteur ou gardien du mineur, avec le consentement desquels le mariage est contracté, seront tenús de faire enregistrer les hypothèques établies et créées par le contrat de mariage du mineur, par sommaire, ou par l'enregistrement au long du contrat de mariage, et à défaut de ce faire, ils seront tous et chacun conjointement et solidairement responsables de tous les dommages résultant au mineur à raison de cette omission. (4 V. c. 30, s. 25.)

Sec. 35. Tout juge par qui sera faite la nomination d'un tuteur ou curateur, de l'avis et consentement des parens et amis assemblés pour élire tel tuteur ou curateur, pourra restreindre et limiter l'hypothèque résultant de cette nomination à une certaine propriété immobilière spécifique du tuteur ou curateur ; et dans ce cas, tous les autres immeubles du tuteur ou curateur seront exonérés de telle hypothèque, et le tuteur ou curateur ou subrogé-tuteur sera tenu de faire enre-

gistrer les hypothèques sur la propriété immobilière ainsi spécifiée seulement. (4 Vic. c. 30, s. 26.)

Sec. 36. Si l'hythèque résultant de la nomination d'un tuteur à des mineurs, ou d'un curateur à des personnes inter dites, n'a pas été restreinte ou limitée comme susdit, et si l'hypothèque légale générale créée par là excède notoirement une garantie suffisante pour la gestion ou administration du tuteur ou curateur, il sera permis au juge revêtu du pouvoir de nommer des tuteurs ou curateurs en tels cas, de l'avis et consentement du subrogé-tuteur et des amis et parens de la personne interdite qui seront assemblés à cet fin, de restreindre et limiter l'hypothèque sur telle propriété immeuble spécifique qui sera de nature à offrir une garantie complète au mineur ou à la personne interdite ; et là dessus, après l'enrégistrement de l'hypothèque ainsi restreinte, tous les autres immeubles du dit tuteur ou curateur, seront exonérés de toute hypothèque quelconque à raison de la nomination de tel tuteur ou curateur. (4 V. c. 30, s. 27.)

Voy. *C. C. B. C. art.* 20-24 *et suiv*, et le aapport de MM. les Commissaires sur le présent article.

---

* *C. L.*, 300. } Dant toute tutelle, il y aura un subrogé-tuteur qu'il sera du devoir du juge de nommer d'office, en même temps qu'il expédiera au tuteur des lettres de tutelle:

* *Id.*, 301. } Les fonctions du subrogé-tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur.

---

* *C. N.*, 420. } Dans toute tutelle, il y aura un sobrogé-tuteur nommé par le conseil de famille. Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

* *Id.*, 422. } Dans les autres tutelles, la nomination du subrogé-tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.

---

268. Le subrogé-tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle devient vacante ou que le tuteur devient incapable par absence ou autre cause ; mais il doit en ce cas, sous peine des dommages intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

268. The subrogate-tutor does not of right replace the tutor, when the tutorship becomes vacant or when the tutor becomes incapable of acting by absence or any other cause, but in these cases it is his duty to have a new tutor appointed, and in default of so doing, he is liable to pay the damages which may result to the minor from his neglect.

---

* *Meslé*, *p.* 787. } Un subrogé-tuteur après le décès du tuteur principal est responsable de la gestion et administration des affaires, et c'est à sa requête que l'assemblée des parens se doit faire pour être procédé à l'élection d'un nouveau tuteur, en sorte que s'il est négligé, tout ce qui se fait sans lui est nul.

---

* Voy. 4 *Pandectes Frs.*, citées sous l'art. précédent.

Lahaye sur art. 424. } Après les mots *lorsque la tutelle deviendra vacante*, on propose d'ajouter : *ou qu'elle sera abandonnée par absence.* Cette addition présente une idée distincte, et il en résultera que la disposition aura prévu tous les cas qui sont à prévoir.

Pandectes Françaises.—Le mot *absence* de notre article doit

être pris ici dans sa signification stricte et légale ; c'est-à-dire qu'il y ait disparition du tuteur, sans qu'on connaisse son domicile, et qu'on ait preuve de son existence.

Rolland de Villargues, vo. *subrogé-tuteur*, *N.* 41.—Mais le tuteur ne peut il pas laisser une procuration au subrogé-tuteur ? Nous n'y voyons pas d'empêchement, et l'on en voit des exemples assez fréquens.

N. 42. Les biens des subrogés-tuteurs ne sont grévés d'aucune hypothèque en faveur des mineurs et des interdits.

---

* *C. N.*, 424. } Le subrogé-tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence ; mais il devra en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

---

269. Si pendant la tutelle il arrive que le mineur ait des intérêts à discuter en justice avec son tuteur, on lui donne pour ce cas, un tuteur *ad hoc*, dont les pouvoirs s'étendent seulement aux objets à discuter.

269. If during the tutorship a minor happen to have any interests to discuss judicially with his tutor, he is for such case given a tutor *ad hoc* whose powers extend only to the matters to be so discussed.

---

* *Lange*, *p.* 148. } Le curateur aux causes qui est donné au mineur en l'émancipant, n'est point suffisant pour l'autoriser en ce qui concerne le fonds des immeubles, comme transactions, partages, licitations ; et il lui faut un tuteur *ad hoc* ; c'est ce qui se pratique au Châtelet de Paris, l'usage contraire est un abus.

[ARTICLE 269.]

Quel est le subrogé-tuteur ? C'est celui qui est donné pour être présent et assister à l'inventaire qui est fait par le tuteur principal des biens de son mineur, et qui n'a autre fonction que celle-là : ayant été jugé par arrêt du 7 Septembre 1604, rapporté par M. Louet, lettre T, Sommaire 13 et par M. le Prestre, au recueil des arrêtés de la cinquième, que le tuteur subrogé n'était point tenu de l'administration, ni du reliquat de compte dû par le tuteur, pourvu qu'il n'y ait point de fraude de sa part, et que l'inventaire ait été fait en sa présence, encore que dans l'espèce de cet arrêt le subrogé eût été donné par l'acte de tutelle, non-senlement pour l'inventrire, mais encore pour les actions de partage et de reddition de compte que le mineur pourrait avoir contre son tuteur.

---

* *Fenet-Pothier, sur art. 422, C. N., p. 96.* } Autrefois on ne nommait le curateur aux actions contraires que lorsque le tuteur avait des intérêts opposés à ceux du mineur.

---

* *7 Pothier, Personnes, 1ère. partie, tit. 6, sec. 5, art. 2, 3e. al., p. 627.* } On donne aussi aux mineurs des curateurs qu'on appelle curateurs aux actions contraires. Cela a lieu toutes les fois qu'un tuteur a des actions à diriger contr le mineur, ou qu'il a quelque partage, ou autres actes à faire entre eux. Comme personne ne peut autoriser son mineur, ni stipuler pour lui dans les actes où il est lui-même partie contre lui, il est donc nécessaire que le mineur ait pour ces actes une personne qui l'autorise et le représente. C'est le curateur aux actions contraires qui est proposé pour cela. Ces curateurs ne sont quelquefois créés que dans une action ; ce qui arrive, lorsqu'on ne prévoit pas qu'il arrive durant la tutelle d'autres occasions où le mineur ait besoin de curateur aux actions contraires.

Le cas le plus fréquent est lorsque le survivant de deux conjoints, tuteur de leurs enfants, veut empêcher la commu-

nauté entre lui et ses enfans, ou la dissoudre. Comme il faut pour cela qu'il fasse un inventaire entre lui et ses enfants, il leur fait nommer par le juge, un curateur ou aucteur pour le fait de cet inventaire. Si le survivant ne se contente pas de dissoudre la communauté, mais qu'il veuille la liquider et partager avec ses enfans, il doit faire nommer un curateur, non-seulement pour le fait de l'inventaire, mais aussi pour le fait de la liquidation et partage ; car les curateurs *ad unum actum*, n'ont de caractère que pour les actes, pour lesquels ils sont nommés.

---

* *Denisart, Actes de notoriété,* *p.* 472-3. } Du 30 Décembre 1744.—Il résulte de ces deux articles (240 et 241 de la coutume) une disposition et une loi bien précise et bien certaine, que lorsqu'un des conjoints décède laissant aucuns enfans mineurs, la communauté de biens établie par la loi entre les deux conjoints, ne peut être résolue et finir que par un inventaire ; et la coutume n'admet aucune autre sorte d'acte pour suppléer au défaut d'inventaire, c'est-à-dire, un notaire. Les conditions requises par la coutume, pour la validité de cet inventaire, et pour qu'il opère la dissolution de la communauté, sont : 1° Qu'il soit fait avec personne capable et légitime contradicteur ; c'est-à-dire qu'à cet inventaire, il y ait une personne chargée et autorisée valablement, pour stipuler et veiller à la conservation des droits des enfans mineurs, qui, par leur minorité, sont incapables de connaître leurs droits et de les défendre. Ce contradicteur ne peut donc être qu'un tuteur nommé aux mineurs par le juge, sur l'avis de leurs parens ; et comme il arrive souvent que le père ou la mère survivant sont nommés tuteurs de leurs enfants mineurs, pour l'administration de leurs personnes et de leurs biens, et que ce survivant, tuteur, ne peut être son contradicteur à lui-même, ni défendre contre lui-même les droits des mineurs ; l'usage est de nommer aux

mineurs un subrogé-tuteur, dont la fonction est de veiller à la conservation des droits des mineurs lors de l'inventaire, et d'être, dans tout le cours d'icelui, le contradicteur du survivant tuteur. 2° Que cet inventaire soit des biens qui étaient communs durant le mariage et au temps du trépas du conjoint prédécédé, soit meubles ou conquêts immeubles. 3° Que cet inventaire soit fait et parfait, c'est-à-dire, revêtu de toutes les formalités prescrites pour la validité des actes publics, comme la date, la signature des deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins, du priseur des meubles et des parties, ou que cet inventaire contienne une déclaration que les parties n'ont pû ou n'ont voulu signer. 4° Enfin que cet inventaire soit clos trois mois après qu'il aura été fait : cette clôture est la représentation que le conjoint survivant fait de l'inventaire par devant le juge, avec serment d'avoir fait comprendre au dit inventaire tous les effets de la communauté.

Toutes ces conditions prescrites par la coutume, sont de rigueur et si essentielles, que l'omission d'une de ces formalités, emporte la nullité de l'inventaire, et le rend sans effet, et par conséquent donne lieu à la continuation de la communauté, si bon semble aux enfants ; car cette continuation de communauté est un droit et une faculté accordée aux enfans ; et ils ont le choix de l'accepter ou de la refuser.

---

* 32 *Merlin*, *Rép. Vo. subrogé-tuteur*, *p.* 66. } Subrogé-tuteur est celui qui est nommé pour veiller à la conservation des droits des mineurs, quand ils en ont d'opposés à ceux de leurs tuteurs. Les subrogés-tuteurs, qu'on appelle en beaucoup d'endroits *curateurs*, sont particulièrement chargés de veiller à l'intérêt des mineurs dans les inventaires des biens communs entre eux et leurs tuteurs. Un subrogé-tuteur doit être nommé de la même manière que le tuteur, c'est-à-dire, en conséquence d'un avis de parens. Il doit pa-

reillement prêter serment, à peine de nullité de l'inventaire qui serait fait avec lui. C'est ce que le parlement de Paris a jugé par un arrêt du 12 Décembre 1686.

---

* *Meslé*, *p.* 11. } On donne un curateur au pupille s'il y a procès entre le pupille et le tuteur, (*L.* 3, § 2, 3 *et* 4 *L. L.* 4 *et* 5, *ff. de tutelis.*)

---

* 1 *Pigeau*, *p.* 71. } Lorsque les enfans ont des intérêts opposés à leur tuteur, on crée pour les discuter un tuteur particulier qu'on nomme *subrogé-tuteur*, et dans quelques endroits *curateurs.*

---

* *Lacombe*, *vo. tuteur*, *sec.* 8, *Dist.* 3, *p.* 758. } S'il (le tuteur) a quelque demande à faire à son pupille, il peut s'adresser à ses collègues, ou à leur défaut au curateur qu'on donne à cette cause, (*l.* 1, *C. de in lit. dand. tut. vel. cur.*)

---

270. Les fonctions du subrogé-tuteur cessent de la même manière que celles du tuteur.

270. The functions of a subrogate-tutor cease in the same manner as those of a tutor.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 526, *sur art.* 425, *C. N.* } La justesse de sa disposition est d'une évidence sensible. La charge de subrogé-tuteur étant un accessoire de la tutelle, cesse nécessairement avec elle. *Accessorium sequitur sortem rei principalis.*

Prenez garde que c'est un accessoire de la tutelle, et non pas du tuteur. En conséquence, cette charge ne finit qu'avec la tutelle même, comme à l'époque de la majorité, ou de l'émancipation, ou enfin, de la mort naturelle ou civile du mineur. Elle ne cesse point, quand la tutelle ne finit que de la part du tuteur, et qu'elle continue à l'égard du pupille.

Si, par exemple, le tuteur vient à mourir ; s'il acquiert quelqu'une des causes qui excusent de la tutelle même commencée ; ou s'il est destitué ; la charge du subrogé-tuteur n'en subsiste pas moins. C'est même lui qui, dans ces circonstances, doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. En y procédant on n'a point de nouveau subrogé-tuteur à nommer.

---

* 2 *Toullier*, *No.* 1136. } Le subrogé-tuteur n'est point le suppléant du tuteur, qu'il ne remplace pas de plein droit ; ses fonctions, qui ne sont qu'accessoires à la tutelle, cessent lorsqu'elle devient vacante ou abandonnée par absence.

---

* *Lahaye*, *sur art.* 425 *C. N.* } *Victor Augier.*—Encyclopédie des juges de paix, subrogé-tuteur, § 3, no. 2.—Les fonctions du subrogé-tuteur ne cessant point en même temps que celles du tuteur en exercice, mais seulement à l'époque où finit la tutelle, le vague de la rédaction de cet article a fait commettre une grave erreur à Toullier, t. 2, nº 1136, qui pense que les fonctions du subrogé-tuteur n'étant qu'accessoires à la tutelle, devaient cesser toutes les fois que la tutelle devient vacante ou abandonnée par l'absence du tuteur. (Voir l'art. 424, qui démontre d'autant plus l'erreur de Toullier. Voir encore Delvincourt, Duranton, Marchand.)

---

* *C. N.*, 245. } Les fonctions du subrogé-tuteur cesseront à la même époque que la tutelle.

---

271. Les dispositions contenues aux sections trois et quatre du présent chapitre, s'appliquent aux subrogés-tuteurs.

271. The provisions contained in sections three and four of the present chapter, apply to subrogate-tutors.

---

* *C. N.*, 426. } Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre s'appliqueront aux subrogés-tuteurs. Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé-tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.

SECTION III.

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE.

272. Nul ne peut être contraint d'accepter la tutelle s'il n'a été appelé au conseil de famille qui l'a élu.

SECTION III.

OF THE CAUSES WHICH EXEMPT FROM TUTORSHIP.

272. No one is bound to accept a tutorship, unless he has been called to the family council which elected him.

* *Meslé*, p. 336-337. } Celui qui n'a point été appelé à la nomination, ne peut être contraint d'être tuteur. Ces termes de l'art. 184 de la Coutume d'Orléans : *Et ne peut aucun être élu tuteur sans avoir été appelé*, ôtent au Juge le pouvoir de nommer tuteur celui qui n'a pas été appelé à l'avis de parents pour la tutelle, quand celui qui a été nommé ne veut pas accepter la charge. La disposition de cet art. 184 de la Coutume d'Orléans a été adoptée par les arrêts. Le cousin-germain des mineurs qui n'avait été ni du nombre des nominateurs ni appelé lors de la tutelle, ayant été nommé tuteur des enfants du feu Sieur de Hurt, conseiller au bailliage d'Amiens, fut déchargé de la tutelle, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Talon, par arrêt du mardi 14 Janvier 1642, qui est au premier tôme du journal des audiences. Le recueil d'arrêts du parlement de Bretagne par Devolant, lettre T, sur le mot tutelle, ch. 14, fait mention que par arrêt du 27 Septembre 1649, défenses furent faites d'instituer tuteur qu'il n'ait été signifié et ap-

pelé. L'éditeur de ce recueil dans ses notes sur ce chapitre, rapporte les arrêts postérieurs conformes à celui de 1649 et qui sont du 22 Novembre 1689, du 27 Mars 1691 et du 21 Juin 1717. Il n'oublie pas l'arrêt du 14 Janvier 1642, qu'il cite d'après Soëfve, tôm. 1, cent. 1, ch. 48, et un autre arrêt du parlement de Normandie du 13 Août 1644, et qu'il dit être rapporté par Béraut, tôm. 2, p. 106. Cet arrêt de 1644 peut avoir été le fondement de l'art. 18 du règlement du parlement de Rouen du 7 Mars 1673, pour les tutelles : cet article porte que ceux qui ne sont point appelés à l'élection du tuteur, ne peuvent être contraints d'accepter la tutelle ; et l'arrêt de 1642 peut avoir donné lieu à l'art. 21 des arrêtés de M. le premier président où il est dit qu'aucun ne pourra être tuteur, s'il n'est du nombre de ceux qui ont été assignés pour donner leur voix en l'acte de tutelle, c'est-à-dire, qu'il ne pourra être contraint d'accepter la tutelle, comme il est mis dans l'art. 18 du règlement du parlement de Rouen sur les tutelles.

---

* 1 *Journ. des Aud.*, *p.* 292.— *Arrêt du* 14 *Janv.* 1642. } Que pour être nommé tuteur, il faut avoir été du nombre des nominateurs.

Le mardi 14 Janvier 1642, jugé au rôle d'Amiens, qu'un parent ne pouvait être nommé tuteur, qu'il n'eût été appelé avec les autres parents à la nomination du tuteur, et ainsi que pour être valablement nommé tuteur, il fallait avoir été nominateur : ce qui est conforme à la Coutume d'Orléans, art. 173 qui est observé partout comme très-équitable. C'était pour la tutelle des enfants de Maître Jacques de Hurt, conseiller au bailliage et siége présidial d'Amiens, auxquels le sieur de Len, cousin-germain des mineurs, et qui n'avait été du nombre des nominateurs lors de la tutelle, avait été nommé tuteur, lequel en fut déchargé, conformément aux conclusions de Monsieur l'avocat-général Talon. Plaidant : L'hoste, l'aîné, et Didier.

---

* 2 *Lapeyrère*, *Vo. tuteur*, p. 848. } Les parens ne peuvent élire qu'un de ceux qui ont été convoqués. Traité des tutelles, ch. 7, n. 11, et ch. 11, n. 37. Arrêt du 14 Janv. 1642.

---

* *Pothier*, *Des personnes*, p. 610. } Les parents convoqués doivent élire l'un d'entre eux : on ne peut élire un parent qui n'aurait pas été convoqué.

---

* 1 *Malleville*, p. 382. } La section en avait proposé deux autres (articles) qui étaient le 29 et le 30 de notre projet.

Le premier était ainsi conçu : " Nul ne peut être contraint d'accepter la tutelle, s'il n'est du nombre de ceux qui ont été assignés pour convoquer le conseil de famille."

On observa qu'il serait possible qu'on eût oublié d'appeler à l'assemblée des parents les plus proches ; qu'il se pourrait, même que tous les parents convoqués fussent ou incapables, ou excusés, et que l'oubli d'un proche parent capable et sans excuse ne devait pas le dispenser de la tutelle.

On consentit à la suppression de l'article pourvu que l'absent eût le droit de s'excuser, lorsqu'il y a des parents plus proches, capables de la tutelle.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, p. 549 *et suiv.* } Cette règle était une suite de la loi 47, au digeste *de re judicata*, qui porte, que toutes les parties doivent être entendues, pour que le juge puisse prononcer ; qu'autrement, sa décision n'a lieu qu'entre celles qui ont été ouïes.

On opposait la loi 5, au digeste *de tutoribus et curatoribus datis*, qui décide que le magistrat peut donner la tutelle à un absent : mais cette décision n'a rien de contraire à la précédente ; car on peut supposer que la personne absente avait été régulièrement appelée, et qu'en conséquence, elle devait être considérée comme présente.

La jurisprudence des tribunaux avait admis le principe de la première loi citée. On jugeait que la personne, à qui la tutelle était déférée, sans qu'elle eût été appelée au nombre des nominateurs, pouvait refuser la tutelle.

---

273. Celui qui n'est ni parent, ni allié, ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où le mineur n'a aucuns parents ou alliés en état de la gérer.	273. He who is neither related nor allied to the minor cannot be compelled to accept the tutorship, if any one who is related or allied be in a position to take charge of it.

---

* *Serres, Inst. au droit français, liv.* 1, *tit.* 25, § 10. } *Non esse admittendum excusationem ejus qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit.* Les tutelles étant datives et électives en France, on peut sans contredit y nommer un homme inconnu au père des pupilles : mais si un père avait par son testament nommé pour tuteur à ses enfants qui ont des parents, un homme à lui inconnu ou un étranger, qui ne fut ni parent ni allié au pupille, ou si les parents eux-mêmes l'avaient élu, l'excuse de ce tuteur serait reçue dans l'un et dans l'autre cas ; parce que la règle veut qu'on fasse toujours choix, en matière de tutelles, d'un parent ou d'un allié, et en défaut seulement de ceux-ci, d'un des proches voisins, comme l'a remarqué. *La Roche, liv.* 4, *tit.* 9, *arts.* 2 *et* 3. On observe également de ne pas nommer de tuteur qui ne soit de la même ville ou province, afin d'obvier aux frais des voyages du tuteur. (*La Roche, ibid.*)

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *sec.* 3, § 2. } L'élection doit se faire du plus prochain parent, habile à succéder au mineur, idoine, capable et suffisant, art. 183, ce qui ne signifie pas qu'il soit absolument nécessaire d'élire

pour tuteur un parent du mineur qui soit le plus proche, et habile à lui succéder; car, parmi les personnes habiles à succéder, il peut ne s'en trouver aucunes capables de la tutelle. Le sens de la Coutume est seulement qu'on ne doit pas élire un parent d'un degré plus éloigné, si, parmi ceux du degré plus proche, et surtout parmi ceux habiles à succéder, il s'en trouve quelqu'un qui soit capable de la tutelle, qui soit idoine, suffisant, et n'ait aucune excuse. La raison en est, qu'il est naturel que ceux que l'émolument de la succession du mineur, en cas qu'il décède, regarde, doivent aussi supporter les charges de la tutelle, suivant cette maxime d'équité, *quos spectat emolumentum, eos debet spectare onus.*

Un parent d'un degré plus éloigné, qui est élu tuteur, pendant qu'il y en a de plus proches idoines, capables, suffisants et sans excuse, est donc bien fondé à appeler de sa nomination.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 356, *sur art.* 432, *C. N.* } Cet article introduit un droit nouveau, à l'égard des lois romaines, qui n'admettaient point cette sorte d'excuse (*Inst. de excus. tut.* § 10.). Elle était quelquefois reçue, dans notre ancienne jurisprudence, et quelques auteurs en parlent. (Serres, *Inst.*) On trouve plusieurs arrêts conformes à leur doctrine (La Roche-Flavin, liv. 4, tit. 9, art. 2 et 3) ; mais cela dépendait beaucoup des circonstances.

Le Code civil consacre cette jurisprudence, et généralise, en cela, la disposition de la Coutume de Normandie (*Basnage*, p. 38).

Cependant, il faudra encore faire attention aux circonstances. Par exemple, la présence des parens, dans le lieu de la tutelle, ou aux environs, ne pourrait point excuser l'étranger, si ces parents n'étaient pas en état de gérer la tutelle. Ce serait alors la même chose que s'il n'y en avait point.

---

* *Lahaye, sur art. 432, C. N.* } *Domat, lois civiles, liv. 2, tit.* 1, *sec.* 7, *n.* 26.—Ce n'est pas toujours un moyen d'excuse pour celui qui est appelé à une tutelle, de n'être pas habitant du lieu où est le domicile du mineur; car, il peut arriver qu'il ne se trouve point dans ce lieu de personnes qu'on puisse nommer. Et d'ailleurs, il peut être juste et avantageux au mineur qu'on ne s'arrête pas à cet éloignement, lorsqu'il n'est pas tel qu'il rende l'administration trop difficile et trop à charge, ou au mineur ou bien au tuteur. Ainsi, c'est par les circonstances qu'il faut juger de l'égard qu'on doit avoir à l'éloignement de ces domiciles. (V. le no. 27.)

Berlier, exposé des motifs au corps législatif, 16 *mars* 1803. On n'a pas dû ériger en principe que le plus proche parent serait toujours et nécessairement tuteur; ç'eut été étendre la tutelle légitime au-delà de ses justes limites, et il est possible que quelquefois un cousin convienne mieux qu'un oncle, ou que l'emploi soit plus onéreux pour lui; on aura toutes les garanties convenables, quand, par son organisation, le conseil de famille offrira intérêt d'affection et esprit de justice.

Observations au tribunat, 16 novembre 1802.—On a pensé qu'il pourrait souvent arriver que non loin de la commune, où la tutelle est ouverte, mais cependant à plus de deux myriamètres, il se trouverait quelque parent en état de gérer la tutelle. Il n'est pas juste, a-t-on dit, qu'un individu, étranger à la famille, soit alors forcé d'accepter la qualité de tuteur. D'un autre côté, des fonctions si importantes, qui entraînent de si grandes obligations et une si grande responsabilité, ne doivent pas être trop facilement confiées à des étrangers, surtout malgré eux. La tutelle est une charge de famille. Cette charge doit donc être naturellement dévolue à un membre de la famille. Quand il ne s'en trouve aucun en état de la remplir, il est indispensable de nommer un étranger. Alors cet étranger tient lieu d'un parent. Mais il n'est pas naturel que l'étranger soit contraint d'accepter, s'il indique un parent, qui puisse gérer lui-même.

De ces réflexions, on a conclu qu'il fallait tracer un cercle hors duquel seulement l'étranger fut non-recevable à réclamer. Quatre myriamètres, à partir de la commune où la tutelle est ouverte, ont paru présenter une distance suffisante. A ce moyen, on ne sera pas obligé d'aller chercher trop loin les parens pour les nommer tuteurs. D'un autre côté, des parens bien éloignés ne pourront pas, sous prétexte qu'ils n'ont pas été appelés au conseil de famille, se décharger de la tutelle sur un étranger.

Delvincourt, t. 1, *note II de la page* 110.—Le parent ou l'allié, à quelque degré que ce soit, ne peut *stricto jure*, s'excuser sur ce qu'il y a des parens ou alliés plus proches que lui en état de gérer la tutelle.

Nous disons *stricto jure*, parce que les tribunaux auront à examiner si les membres du conseil de famille n'ont pas été uniquement guidés, dans le choix du tuteur, par l'envie de se débarrasser de la tutelle. Les parens les plus proches doivent succéder au mineur et il parait assez convenable, comme le dit le droit romain, que toutes choses égales d'ailleurs, la charge de la tutelle soit déférée à ceux qui ont l'espérance de la succession.

Favard, tutelle, § 6, *n.* 2.—Il résulte de cette disposition que le conseil de famille n'est point astreint à prendre le tuteur dans son sein.

Victor Augier.—Encyclopédie des juges de paix, tutelle, sec. 9, *n.* 9.—La cour de Lyon, par arrêt du 16 Mai 1811, a étendu ce motif aux alliés d'un degré éloigné, pour le cas où il existe des parents plus proches qui n'ont point d'excuses valables à présenter.

A. Dalloz, tutelle, n. 237.—Mais une parenté plus proche, n'exclue pas le parent qui se trouve à un degré plus éloigné, lorsque, d'ailleurs, les uns et les autres sont sur les lieux. C'est seulement un motif qui devra être pris en considération

par le conseil de famille, et en cas de recours par les tribunaux (Toullier, n. 1122 ; Dalloz, ainé, t. 12, p. 725).

---

* *C. N.*, 432. } Tout citoyen non parent ou allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle.

---

274. Tout individu âgé de soixante-et-dix ans accomplis peut refuser d'être tuteur; celui qui a été nommé avant cet âge peut, lorsqu'il y est parvenu, se faire décharger de la tutelle.

274. Any person of the age of seventy years complete may refuse to be appointed tutor. He who has been appointed before he was of that age, may be discharged when he has attained it.

---

* *Cod. L. unica, qui ætate se excusant, tit.* 68. } Pater tuus si major est annis septuaginta, ad tutelam seu curam evocatus, excusare se solemniter potest.

---

* *Institut., lib.* 1, *tit.* 25, § 13. } De excusationibus tutorum.—Item, major septuaginta annis a tutela et cura se potest excusare.

---

* 2 *Argou, p.* 132. } Les excuses légitimes pour se faire décharger d'une tutelle, sont très arbitraires en pays coutumier; en voici quelques-unes. Le nombre de cinq enfans, la charge de trois tutelles, et l'âge de soixante-et-dix ans; les infirmités notables, l'ignorance, la rusticité et la grande pauvreté, sont aussi des excuses légitimes en certains cas, ce qui dépend de la qualité des personnes et de la prudence du Juge : s'il y avait des parens proches qui, par cabale eussent fait nommer un tuteur très-éloigné, pour se faire décharger, les

Juges y ont égard et ordonnent une nouvelle assemblée de parens ; il y a plusieurs offices qui exemptent des charges publiques et par conséquent des tutelles.

---

* *Lacombe*, *Vo. tuteur*, *sec.* 7, *dist.* 2, *p.* 751. } L'âge de 70 ans complets au temps de la charge déférée excuse, (*l.* 2, *de excus.; l.* 3, *de jur. immun.; l.* 3. *C. qui ætat.;* § 13, *inst. de excus. tut.*)

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 4, *art.* 35. } Ceux qui sont atteints de maladies incurables et obligés de garder le lit ; aveugles, sourds-muets ; les mineurs de vingt-cinq ans, quoique mariés et pourvus d'offices, qui requièrent l'âge de vingt cinq ans accomplis, ou faisant négoce particulier ; et ceux qui sont absents du royaume, et dont l'absence a commencé trois mois avant l'ouverture de la tutelle, n'en pourront être chargés, et les personnes âgées de soixante-dix ans ne pourront être contraintes de l'exercer.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 537, *sur art.* 433, *C. N.* } Cette disposition est puisée dans la loi unique, au Code *qui ætate*, et dans le § 13, aux Instituts *de excusat. tut.*, qui étaient aussi observées dans notre ancien droit.

Mais la loi nouvelle avance l'époque de l'excuse. Elle n'était reçue qu'à soixante-dix ans accomplis. *Il la fixe à soixante-cinq.*

Le Code civil, en admettant la règle des lois romaines, en change l'application. Il permet au septuagénaire de se décharger de la tutelle ce qui est un droit absolument nouveau.

Cet article introduit donc deux sortes d'excuses, dont l'une n'est que préalable, et ne peut être opposée, qu'avant l'acceptation de la tutelle.

Il faut, pour cela, que la soixante-cinquième année soit révolue.

Que faudrait-il décider, si l'âge ne s'accomplissait que depuis la tutelle déférée par le conseil de famille, mais avant que la délibération fût connue du tuteur nommé ?

Suivant Cujas, l'excuse ne devrait point être admise, parce qu'il faut, pour qu'elle ait lieu, que l'âge soit accompli, lors de la nomination.

Cependant Brillon, dans son dictionnaire de droit (Vo. tuteur, N. 44), rapporte un arrêt du 14 Janvier 1628, qui a jugé que le privilège survenu depuis l'assignation donnée, devait être reçu.

Cette décision, plus conforme à la justice et à l'équité, doit être suivie, dans le cas où nous sommes ; avec d'autant plus de raison que la tutelle n'est réellement déféré, que par la connaissance que le tuteur acquiert de sa nomination.

Il faudrait même décider de la même manière, dans le cas où le tuteur ayant connaissance de son élection, parviendrait à l'âge de soixante-cinq ans révolus, dans le délai qui lui est accordé, pour proposer son excuse.

La raison est, que nous faisons, dans ces sortes de circonstances, plus d'attention à la raison et à l'humanité, qu'à la rigueur et aux subtilités des lois romaines.

---

* 6 *Locré, Esp. du Code, p.* 162 *et suiv.* } L'article 433 dispense de la tutelle quiconque a accompli sa 65e année. La même disposition avait été proposée par les commissaires-rédacteurs.

La Cour d'appel de Paris fit, sur cette disposition, l'observation suivante : " La loi romaine que nous suivons, dit: *les septuagénaires* ; fixation consacrée en toute matière pour déterminer l'exemption fondée sur l'âge, et dont il semble qu'on n'aurait pas dû s'écarter, pour en substituer une autre purement arbitraire. "

La Cour d'appel de Paris ne s'était arrêtée qu'à l'un des deux motifs qui avaient fait établir l'excuse, et même à celui

qui se lie le moins aux principes particuliers de la matière ; elle ne la voyait que comme exemption, et alors il était naturel de demander pourquoi on ne se relâcherait, dans ce cas, de la règle générale qui, dans tous les autres, par exemple, dans celui de la contrainte par corps, semble avoir adopté l'âge de soixante-dix ans pour celui des exemptions.

Mais les auteurs du code avaient surtout en vue l'intérêt du mineur qui, dans cette matière, doit être le principal guide. Sous ce rapport, la question change de face. Il n'est certainement pas avantageux au mineur que l'administration de sa personne et de ses biens passe souvent d'une main dans l'autre ; il est, au contraire, très désirable qu'elle ne soit remise qu'à celui qui la conservera jusqu'à la cession de la tutelle par la majorité.

L'article 433 est rédigé dans cet esprit. L'âge de soixante-cinq ans n'exclut pas de la tutelle ; il ne fait qu'en excuser.

Si donc le parent ou l'ami qui a le droit de faire valoir cette excuse, se sent assez de force et d'affection pour n'en point user, il ne se fera pas décharger, même après qu'il aura accompli sa soixante-dixième année ; et le laps de temps qui reste jusqu'à la caducité, peut faire espérer qu'il avancera beaucoup son œuvre, quand même il ne l'acheverait pas entièrement ; cette espérance devient encore plus fondée, quand on a d'ailleurs la faculté d'abréger la tutelle par l'émancipation du mineur.

Si, au contraire, parvenue à soixante-huit ou soixante-neuf ans, la personne appelée à la tutelle est obligée de l'accepter, et ne la prend néanmoins que forcément, on peut être assuré que, de là à une ou deux années, elle s'en fera décharger. Dans cette crainte, il est bien préférable de donner au pupille, d'abord et au moment même de l'ouverture de la tutelle, un appui plus durable.

L'article 433 a donc amélioré l'ancienne jurisprudence, en saisissant le vrai point de vue de la question ; et la fixation

de l'excuse à l'âge de soixante-et-cinq ans, loin d'être arbitraire est fondée sur des combinaisons très solides.

Ce qui vient d'être dit nous conduit à la seconde disposition du même article, et la lie à la première : je veux parler de celle qui permet de se faire décharger de la tutelle à soixante-dix ans.

Les rédacteurs du projet de Code avaient formellement exclu la faculté d'abdiquer la tutelle, dans le cas de la survenance de l'âge où il est permis de la refuser.

La Cour d'appel de Montpellier trouva cette " disposition rigoureuse, même nuisible aux intérêts du mineur, puisque le tuteur, âgé de soixante-quatre ans, forcé d'accepter la tutelle, ne peut l'abdiquer, même à l'âge de quatre-vingts, quoiqu'à cet âge, l'on soit communément aussi faible et aussi incapable que l'est un mineur ou pupille."

La section proposa et le conseil d'état adopta un parti moyen, en n'admettant l'abdication qu'à l'âge de soixante-dix ans.

Cependant cette faculté n'est donnée qu'à celui qui a été nommé avant cet âge.

On demandera peut-être si, permettre à un septuagénaire de se charger d'une tutelle, ce n'est pas s'écarter du principe général qui veut qu'avant tout on se règle sur l'intérêt du mineur.

Je répondrai à cette objection par l'autorité des lois qui, depuis des siècles, gouvernent presque tous les peuples, et par d'autres dispositions du Code.

Les lois romaines, comme on vient de le voir, n'attachaient à l'âge de soixante-dix ans qu'une excuse et non une exclusion. Ce système aurait-il été admis chez presque tous les peuples modernes, s'il eût compromis l'intérêt du mineur? Un septuagénaire n'est pas réputé hors d'état de gérer ses propres affaires : il peut, à la vérité, se trouver surchargé, s'il y joint encore la gestion des affaires d'autrui ; mais si ce vieillard est un père, si c'est un oncle qui se plait à tenir lieu

de père à ses neveux, si c'est un ami tendre qui recueille avec respect les enfans d'un ami qu'il pleurera éternellement, n'est-il pas à présumer qu'il donnera aux affaires de ses pupilles la même application qu'à ses affaires personnelles, et qu'il confondra leurs intérêts avec les siens ? La loi l'a donc constitué juge de ses forces et de ses affections. Peut-il, veut-il faire le bien d'enfans faibles et sans appui, elle l'en laissera le maître. Ne se sent-il pas assez de vigueur pour partager ses soins entre tant d'objets divers, ou assez d'affection pour s'imposer des sacrifices ; il lui est permis de repousser le fardeau de la tutelle.

Mais, s'il se juge mal ; si, assez affaibli par l'âge pour être incapable de gouverner son propre patrimoine, il se dissimule sa faiblesse, si, plus généreux que prudent, il soulève de ses mains débiles un poids qu'elles ne pourront soutenir !

Eh bien ! le Code est encore là pour réparer son erreur ; l'article 444 autorise à révoquer le tuteur dont la gestion atteste l'incapacité.

L'art. 433 n'explique pas si, pour se faire décharger de la tutelle, il suffit d'avoir atteint l'âge de soixante-dix ans, ou s'il faut l'avoir accompli. Mais on connait cette règle générale, *in favorabilibus annus inceptus pro completo habetur.* C'est ainsi, par exemple, que le Code de procédure fait cesser la contrainte par corps, dès que le contraignable a commencé sa soixante-dixième année. (Art. 800.)

Cependant l'exception de tutelle, fondée sur le progrès de l'âge, est-elle un de ces cas favorables auxquels la règle s'applique ?

On n'en peut douter, soit qu'on la considère par rapport au tuteur qu'elle délivre d'une charge au-dessus de ses forces, soit qu'on la considère par rapport au pupille dont l'intérêt est que ses affaires soient gérées par un homme en état de les bien conduire.

---

* *C. N.*, 433. } Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis, peut refuser d'être tuteur ; celui qui aura été nommé, avant cet âge, pourra, à soixante-dix ans, se décharger de la tutelle.

---

275. Tout individu atteint d'une infirmité grave et habituelle est dispensé de la tutelle. Il peut même s'en faire décharger si cette infirmité est survenue depuis sa nomination.

275. Persons laboring under serious and habitual infirmity are exempt from being tutors ; they may even obtain their discharge if such infirmity supervene after their appointment.

---

* *Cod.*, *tit.* 50, *qui morbo se excusant.* } 1. Si ea cæcitate pater tuus oppressus est, ut utriusque oculi aciem prorsus amiserit, levamentum personalium munerum sentiet.

2. Cum auriculari morbo debilitatum te esse dicas, juxta juris publici auctoritatem, a personalibus muneribus vocationem habebis.

3. Podagræ quidem valetudo nec ad personalium munerum prodest excusationem : verum cum ita te valetudine pedum adflictum dicas, ut rebus propriis intercessum commodare non possis : rector provinciæ, si allegationibus tuis fidem adesse perspexerit, ad personalia munera te vocari non patietur.

4. Casus corporis patris munerum personalium fillo jure non præstat excusationem.

---

* *ff. Lib.* 27, *tit.* 1, *De excusat. L.* 11. } Et non tantum, ne incipiant, sed a cæpta excusari debent.

L. 40. Post susceptam tutelam, cæcus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinaribus deponere tutelam potest.

§ 1. Paupertas, quæ operi et oneri tutelæ impar est, sole tribuere vocationem.

[ARTICLE 275.]

* *Pothier, Des personnes, p.* 612. } Les infirmités habituelles, qui sont assez considérables pour empêcher de vaquer à une tutelle, sont une cause d'exemption.

---

* *Pothier, Coutumes, tit.* 9, *no.* 14. } Les causes d'excuse qui sont admises parmi nous, sont une infirmité habituelle et considérable ; (*l.* 10, § *fin. ff. de excus. tut.;*) l'âge de 70 ans accomplis, (*l.* 2, *d. t.;*) le nombre de cinq enfants légitimes actuellement vivants, ou qui ont une postérité qui les représente ; (*l.* 1, *cod. qui num. lib. l.* 2, § 7, *exc. tut.*) ; les fils qui sont morts au service du roi sont comptés pour vivans (*l.* 18, *ff. d. t.*) ; la charge de trois tutelles, qui s'estiment non par le nombre des mineurs, mais par celui des patrimoines ; (*l.* 3, *ff. d. t.*) ; l'état ecclésiastique, (*l.* 52, *cod. de Episc. et cler.*) ; les chaires des universités, et plusieurs offices auxquels l'exemption de tutelle est accordée.

---

* *V.* 1 *Argou, et Lamoignon*, cités sous l'article précédent.

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 539, *sur art.* 434, *C. N.* } Cet article nous offre encore une des dispositions du droit romain et qui était observée, dans nos anciens usages.

Il faut, pour qu'il y ait lieu à cette excuse, que l'infirmité, non seulement soit grave, mais qu'elle soit continuelle. Une maladie accidentelle et passagère, ne pourrait pas servir de fondement à cette sorte d'excuse.

Au nombre de ces infirmités, on met la cécité. Elle ne fournit même pas proprement une excuse, elle opère une incapacité.

Mais, il faut qu'elle soit absolue. Une vue faible, la privation d'un œil, ou maladie d'yeux, qui ne mettrait pas le tuteur nommé hors d'état de vaquer à ses affaires, ne pourrait pas lui servir d'excuse.

Il en est de même de la surdité, quand elle est entière.

Elle n'est pas seulement une excuse ; elle forme une incapacité : mais la seule dureté d'oreilles, qui ne rend pas celui qui en est affligé incapable d'administrer ses affaires, ne peut être un motif d'exemption de la tutelle.

Le muet est pareillement non seulement excusable mais incapable. Cela est à plus forte raison, évident à l'égard du sourd-muet, qui ne peut se conduire lui-même.

L'épilepsie est encore une de ces maladies graves et constantes, qui fournissent une excuse valable de la tutelle, et qui peuvent même être une juste raison d'écarter celui qui en est attaqué. Il est perpétuellement, et à chaque instant, menacé d'accès, qui lui ôtent tout pouvoir d'agir, et qui même affaiblissent la raison. C'est pour cela que les lois canoniques l'excluent des ordres ecclésiastiques.

Quant à la goutte, les lois romaines décident qu'elle ne peut être une cause légitime d'excuse, à moins qu'elle ne soit portée au point de rendre le malade absolument incapable de vaquer à ses affaires. Bouvot rapporte un arrêt du parlement de Dijon, qui a confirmé cette exception.

On sent qu'à cet égard, comme à celui de beaucoup d'autres maladies, le juge doit beaucoup considérer les circonstances.

Cette excuse a cela de particulier, qu'elle a son effet, lors même qu'elle survient après la tutelle déférée. Il est sensible, en effet, que ce serait exposer les intérêts du pupille, que de les laisser dans les mains d'un homme qui ne peut plus y veiller, qui n'a plus de vie que pour souffrir, et dont tous les soins sont absorbés par celui de sa santé.

Il faut, au reste, que cette cause soit bien justifiée. Lorsqu'un tuteur la propose, il faut le faire visiter par des médecins commis à cet effet.

---

* *C. L.*, 317. } Tout individu atteint d'une infirmité grave, pourra s'excuser de la tutelle, si cette infirmité est de nature à le rendre incapable de vaquer à ses propres

affaires. Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination.

---

* C. N., 434. } Tout individu atteint d'une infirmité grave, et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle. Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination.

---

276. [Deux] tutelles sont pour toute personne une juste dispense d'en accepter une troisième, autre que celle de ses enfants. Celui qui, époux ou père, est déjà chargé d'une tutelle, n'est pas tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants.

276. [Two] tutorships are, for any person, a sufficient reason for refusing to accept a third, other than that of his children. A husband or father, who is already charged with one tutorship, is not bound to accept a second, unless it is that of his own children.

---

4 Pandectes Frs., p. 542, *sur art.* 435, *C. N.* } Cet article adoucit la disposition des lois romaines, dont il est tiré. Elle exigaient trois tutelles (*L.* 2, § 9 ; *L.* 3, *ff. de excus.*) Le code civil n'en demande que deux pour donner lieu à l'excuse.

Suivant le § unique de cet article, la femme est regardée comme un enfant, de la tutelle duquel le mari est chargé.

Ainsi l'homme marié, ayant une tutelle étrangère, sera valablement excusé d'en accepter une autre. Il est considéré comme ayant deux tutelles.

Le père, chargé de la tutelle d'un de ses enfans, ne peut pas être forcé d'accepter une autre tutelle étrangère. La loi suppose que les intérêts de son pupille absorbent toute son attention. Il en est autrement de la tutelle d'un autre de ses enfans, parce qu'il doit également ses soins à tous.

Cette excéption s'applique-t-elle à la tutelle des petits-enfans ? Nous ne voyons aucune difficulté à répondre affirmativement. Les petits enfans sont compris dans le terme enfans.

Une tutelle honoraire ne ferait pas nombre, pour servir de fondement à cette excuse, parce qu'elle n'impose au tuteur aucune gestion de biens, et ne l'astreint à aucun compte. (*L.* 15, § 9, *ff. de exc. tut.*)

---

* *C. L.*, 318 *et* *C. N.*, 435. } Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième.

Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfans.

---

277. Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle de leurs enfants. Dans ce nombre sont comptés ceux qui, quoique décédés, ont laissé des enfants actuellement existants.

277. Those who have five legitimate children are exempted from any tutorship but that of their own children. Children who have died leaving issue still living, are counted in this number.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *sec.* 3, § 2. } L'exemption de tutelle et des autres charges publiques est aussi accordée comme un privilège à ceux qui ont cinq enfans vivans.

Les enfans mâles qui ont laissé des petits-enfans, par lesquels ils sont représentés, et ceux qui sont morts dans les armées du roi, en combattant, sont réputés vivants.

---

* *Pothier, Coutumes, tit.* 9. *No.* 14, cité sous l'art. 275.

[ARTICLE 277.]

* *Lamoignon Arrêtés, tit., 4, art. 44.* } Le nombre de trois enfans mâles ou filles, majeurs ou mineurs, même de ceux qui sont mariés ou pourvus d'offices, ou qui font un négoce séparé, pourvu qu'ils soient légitimes par un mariage subséquent, suffit à ceux qui ont leur domicile en la ville et faubourg de Paris, et le nombre de cinq à ceux qui ont leur domicile ailleurs pour s'excuser de la charge de curateur et de tuteur.

[45.] Les petits-enfans, du vivant de leur père et mère, ne sont compris au nombre des enfans ; mais après le décès du père ou de la mère, ils représentent le défunt, et tous ensemble sont considérés comme un seul enfant, pour remplir le nombre nécessaire à l'excuse de leur aïeul.

---

* 6 *Locré, Esp. du Code, p.* 173. } Les Romains avaient varié sur ce nombre suivant le lieu où résidait le tuteur. Trois enfans suffisaient à Rome, parce que cette ville était la capitale de l'Empire ; quatre, dans le reste de l'Italie, qu'on regardait comme l'ancien domaine du peuple romain : mais, dans les provinces, qu'on traitait toujours plus ou moins en pays conquis, il fallait cinq enfans.

En France, où, dans aucun temps, la capitale et l'ancien territoire n'ont eu de privilège sur le territoire plus nouvellement réuni, l'excuse de la tutelle a toujours attachée au nombre de cinq enfans.

Le code a maintenu, en cette partie, la disposition de l'ancien droit. En effet, le nombre de cinq tient un juste milieu entre celui qui ne pourrait dispenser qu'à titre de privilège, et celui qui serait trop considérable pour que, s'il était exigé, l'excuse pût profiter à tous les pères qui en ont besoin.

Quels enfans sont comptés dans le nombre qui dispense de la tutelle ? Ce sont les seuls enfans légitimes, les enfans actuellement nés, les enfans vivants.

Id., *p.* 177.—Des enfants décédés. De règle générale, on ne compte que les enfants actuellement vivants. Néanmoins la règle reçoit deux exceptions. La première est pour le cas où les enfants décédés ont eux-mêmes laissé des enfants. La cour d'appel de Toulouse demandait qu'ils fussent comptés, à raison de leur nombre, lorsqu'ils seraient à la charge de leur aïeul. Mais la section et le conseil d'état, adoptant la proposition des commissaires-rédacteurs, ont décidé que les rejetons d'un même enfant décédé ne seraient comptés que pour un.

La seconde exception fait énumérer parmi les enfants vivants ceux qui sont morts au service de l'état.

Id., *p.* 179.—Quant à l'étendue de l'exemption que donne le nombre d'enfants, elle est fixée par les articles 436 et 437.

L'article 436, toujours d'après le principe qui lui sert de base, borne l'exemption à la tutelle étrangère. Ici, comme dans le cas de l'article 435, on eût été contre ce principe même, si on eût souffert qu'un père prétextât les devoirs que la paternité lui impose, pour se dispenser, d'un autre côté, de ces mêmes devoirs, en repoussant la tutelle de ses propres enfants.

L'article 437 explique que le nombre des enfants n'excuse que de la tutelle non encore déférée, *a tutelâ suscipiendâ*, mais non de la tutelle déférée, *a tutelâ susceptâ*, c'est-à-dire, que la survenance d'enfants ne devient pas un moyen de se faire décharger d'une tutelle qu'on gère actuellement.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 543 *sur arts.* 436 *et* 437, *C. N.* } Cette excuse est encore puisée dans le droit romain, dont le Code civil rend la disposition plus rigoureuse. Il exige cinq enfans, au lieu que suivant les lois romaines, trois suffisaient à Rome. Il n'en fallait que quatre en Italie, et cinq dans les provinces extérieures.

Cette distinction avait été adoptée dans notre ancienne Ju-

risprudence. Trois enfans suffisaient à Paris, pour fonder l'excuse. C'était un privilège attaché à la qualité de capitale du royaume. Il faut convenir aussi que les habitans y sont généralement plus occupés; que les affaires y demandent plus de temps, et y présentent plus de difficultés.

Dans tous les autres endroits de l'empire, il fallait cinq enfans pour servir de base à l'excuse.

Id., *p.* 545.—Il y avait une excuse qu'admettaient les lois romaines, et dont le Code civil ne parle pas : c'était la pauvreté. Celui qui était obligé de gagner sa vie par le travail de ses mains, était dispensé d'accepter aucune tutelle.

La loi 1, § 6, au Digeste *de tutelâ*, et *rationibus distrahendis*, apportait une exception à cette règle, dans le cas où les parens permettaient au tuteur, de prendre sa nourriture et son entretien, sur les revenus du pupille.

Mais Ferrière (Com. sur les Inst., p. 97) ne veut pas que cette exception même soit admise dans notre droit, parce que cela serait dangereux pour le mineur. Son intérêt, dit-il, autant que celui du tuteur demande que cette excuse soit reçue, en écartant cette alternative.

Cette excuse est-elle rejetée par le silence du Code civil ?

Il faut se rappeler le principe général, que toute excuse doit être expressément admise par la loi : D'où il suit naturellement, que celle-ci ne peut plus avoir lieu.

Cependant, il faut convenir que l'extrême indigence du tuteur, peut faire courir au pupille plus d'un danger. Le plus prochain, et le plus naturel, est d'exposer sa fortune.

Nous pensons, en conséquence, que c'est ici un de ces cas, où le juge peut se déterminer d'après les circonstances.

---

* *C. N.*, 436. } Ceux qui ont cinq enfans légitimes sont dispensés de toute tutelle, autre que celle des dits enfans. Les enfans, morts en activité de service dans les armées du roi, seront toujours comptés pour opérer cette

dispense. Les autres enfans morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfans actuellement existans.

---

278. La survenance d'enfants pendant la tutelle ne peut autoriser à l'abdiquer.	278. The birth of children during tutorship, does not authorize its abandonment.

---

* Voy. *Pothier*, *Coutumes*, No. 14, cité sous l'art. 275.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 4, *art.* 46. } L'enfant dont la mère est enceinte, n'est point considéré dans les excuses des tutelles.

Art. 53.—L'excuse sera considérée au jour que la tutelle a été ouverte, par la mort naturelle ou civile du père ou de la mère des mineurs, ou par le décès, destitution ou autre changement d'un précédent tuteur, et ne servira ce qui est survenu depuis l'ouverture de la tutelle, même avant la sentence du juge et la nomination des parents.

Lahaye, *sur art.* 437, *C. N.* } *Domat*, lois civiles, liv. 2, tit. 1, sec. 7, N. 25.—Les causes d'excuse qui ne sont pas une incapacité, et qui ne surviennent qu'après la nomination du tuteur, ne le déchargent point. Ainsi le nombre d'enfants survenus et l'âge de soixante-cinq ans accomplis pendant la tutelle, n'en excusent point.

---

* *C. N.*, 437. } La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer.

[ARTICLE 279.]

279. Si celui qu'a élu le conseil de famille est présent, il est tenu, sous peine d'en être déchu, de proposer ses excuses, afin qu'il y soit fait droit sur-le-champ, lorsque c'est devant le tribunal, le juge ou le protonotaire qu'il est procédé, ou afin qu'elles soient rapportées devant le tribunal, le juge ou protonotaire, par le notaire ou par la personne déléguée, si c'est devant l'un ou l'autre que le conseil de famille a été convoqué.

279. If the person who has been elected by a family council be present, he is bound, under pain of forfeiting his grounds of exemption, to state them in order that their validity may be determined at once, when the proceeding takes place before a Court, judgeor prothonot ary, or in order that they may be reported to the court judge or prothonotary by the notary or person delagated, if it be before either of these that the family council has been called.

---

* *Lamoignon, tit.* 4, *art.* 56. } Ceux qui ont des excuses légitimes les proposeront sur-le-champ, s'ils sont présents en l'acte de tutelle, sinon trois jours après la signification faite à leurs personnes, ou domicile, de l'acte contenant leur nomination, s'ils sont demeurants au même lieu où a été fait l'acte de tutelle ; et s'ils sont domiciliés ailleurs, le délai sera prorogé selon la distance des lieux, à raison d'un jour pour dix lieues ; et à faute de proposer les excuses dans les délais prescrits, elles ne seront reçues.

---

* *Ferrière, Des tutelles, part.* 3, *sec. V.* § 123 *et suiv.* } Supposons, qu'un homme qui est nommé tuteur ait des moyens d'excuse suffisans pour se faire décharger de la tutelle ; mais qu'au lieu de les proposer, il se rende appelant au décret contenant sa nomination : on demande, si son appel est rece-

vable, ou si le juge supérieur doit démettre cet appelant de son appel, et le renvoyer devant le premier juge à l'effet d'y produire ses moyens d'excuse ? Question fort controversée, et qui par là devient difficile.

Il y a des auteurs et entre autres *Perezius*, in lib. 5, Cod. tit. 62, num. 17 ; *Faber*, in Cod. lib. 7, tit. 26, defin. 8, et tit. 29, defin. 1, et *Basset*, tôm. 2, liv. 4, tit. 14, ch. 4, qui veulent que celui qui a été nommé tuteur, bien qu'il ait ses excuses valables, ne puisse pas appeler de sa nomination à la tutelle avant qu'il les ait déduites devant le premier juge, et que l'appel, regardé jusqu'alors comme prématuré, ne lui soit permis que dans le cas où le Juge aurait rejeté des excuses ; et il faut convenir que cette doctrine trouve un solide fondement dans la loi 1, § 1, au Digeste ; *quando appelland. sit*, dont voici les termes *: si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio qui jus dandi habet, non opportet præstituta excusationem allegandam habet : et si fuerit repulsa, tunc demùm appellare debebit : cœterum ante frustra appellatur.* D'ailleurs on peut dire que l'usage des appellations ayant, selon la loi 1. *ff. de appel. et relationib.* été introduit afin de faire réparer par le juge supérieur le tort fait à une partie par le premier juge, le tuteur qui n'a pas daigné comparaître dans l'assemblée des parens, ne saurait avoir lieu de se plaindre d'aucune injustice, ni par conséquent être dans le cas de devoir se rendre appelant : appellation d'autant moins raisonnable de sa part, qu'il peut par la voie de l'opposition ou du rétractement et en mettant au jour les moyens d'excuse faire renverser l'ordonnance qui l'a nommé tuteur ; ainsi la voie de l'opposition ou du rétractement lui étant ouverte, il semble que celle de l'appel doit lui être fermée, surtout en France où l'on tient communément d'après *Bacquet*, *des droits de justice*, *chap.* 8, *nomb.* 8, que les jurisdictions sont patrimoniales.........

---

* *Meslé, p.* 337. } Quant à la manière de proposer les moyens d'excuse, la loi 13 *au ff. de excusationibus*, avertit que ni les tuteurs datifs, ni les tuteurs testamentaires ne sont point en nécessité d'appeler, et que cela a lieu pour les curateurs comptables qui diffèrent en très-peu de choses des tuteurs. Le tuteur nommé par le testament du père ou donné par le juge, peut donc proposer ses moyens d'excuse devant le juge même qui l'a nommé. Car, comme il a été dit, l'acte du juge qui donne un tuteur n'est qu'un décret. Si le juge après avoir ouï les moyens d'excuse, en déboute le tuteur, ce sera sentence de laquelle le tuteur pourra appeler, *adversus denique sententias auferentes eis excusationes licentiam habebunt appellandi.* (*L.* 23, *ff. de excusat.*)

---

* *Lahaye, sur art.* 438, *C. N.* } *Victor Augier*, Encyclopédie des juges de paix, conseil de famille, n. 16. Carré fait remarquer avec raison que le tuteur n'est pas réputé présent dans le sens de cet article, s'il n'est représenté au conseil que par un mandataire; car le mandataire n'est pas censé avoir mission de présenter des excuses ou de faire valoir des dispenses pour le mandant, qui pouvait ne pas prévoir sa nomination. (Delvincourt, t. 1, p. 120, n. 12.)

Proudhon, t. 2, *p.* 200.—La tutelle opère un quasi-contrat entre le tuteur et le pupille ; l'obligation qui en dérive une fois formée, lie absolument la volonté de celui qui se l'est imposée : d'où il faut conclure que celui qui, librement et sans réserve, a une fois accepté la charge de tuteur n'est plus admissible à revenir contre son propre fait, en proposant son excuse ; la dispense doit donc être demandée dès le principe : mais jusqu'à ce que son excuse soit acceptée, il doit administrer, jusqu'à ce qu'il soit définitivement déchargé.

3 *Duranton, No.* 496, *sur art.* 439, *C. N.*—Cette notification, comme toute autre, est valablement faite au domicile ainsi qu'à la personne. Toutefois la loi ne veut que ce qui est

juste ; en conséquence, si le tuteur nommé était en voyage, au moment où la notification a été faite à son domicile, le délai de trois jours ne commencerait à courir qu'à partir de son retour. Dans les ajournements la loi n'a aucun égard à cette circonstance, mais aussi réserve-t-elle la voie d'opposition au jugement rendu par défaut, tandis qu'ici la fin de non-recevoir ayant un effet définitif, il est invraisemblable que l'intention du législateur ait été qu'on pût l'opposer à un citoyen dont rien ne permet de supposer l'acceptation, puisqu'il ignorait sa nomination.

V. *S. R. B. C.*, ch. 78, sec. 23, cité sous l'art. 88.

---

* *C. N.*, 438. } Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur le champ, et sous peine d'être déclaré non-recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille délibérera.

* *Id.*, 439. } Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses.—Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination ; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle : passé ce délai, il sera non-recevable.

---

280. Si la personne élue n'est pas présente, copie de l'acte d'élection lui est signifiée, et elle est tenue, sous cinq jours et

280. If the person elected be not present, a copy of the act of election is served upon him, and he is bound, within five days,

sous peine d'en être déchue, de loger ses excuses au greffe du tribunal devant lequel ou devant le juge ou protonotaire duquel il a été procédé, ou entre les mains du notaire ou de la personne déléguée, si c'est devant l'un ou l'autre qu'a été convoqué le conseil de famille, pour alors être fait ainsi que dit en l'article précédent.

and under pain of forfeiting his grounds of exemption, to lodge them in the office of the court before which, or before the judge or prothonotary of which the proceedings were had, or in the hands of the notary or party delegated, if it be before either of these that the family council was called, in order that the matter may be dealt with in conformity with the preceding article.

---

* *Lamoignon, Arrêtés tit.*, 4, *art.* 56. } Ceux qui ont des excuses légitimes, les proposeront sur-le-champ, s'ils sont présents en l'acte de tutelle, sinon trois jours après la signification faite à leurs personnes, ou domicile, de l'acte contenant leur nomination, s'ils sont demeurants au même lieu où a été fait l'acte de tutelle; et s'ils sont domiciliés ailleurs, le délai sera prorogé selon la distance des lieux, à raison d'un jour par dix lieues, et à faute de proposer les excuses dans les délais prescrits, elles ne seront reçues.

V. Duranton, cité sous l'art. précédent.

---

* V. *S. R. B. C.*, ch. 78, sec. 23, cité sous l'art. 88.

---

281. La décision rendue sur les excuses par le juge ou le protonotaire hors de cour, est sujette à révision par le tribunal, du jugement duquel il y a aussi appel ; mais la personne élue est, pendant le litige, tenue d'administrer provisoirement ; et les actes d'administration qu'elle fait sont valables, même dans le cas où elle serait déchargée de la tutelle.

281. The decision given as to the validity of such grounds by the judge or the prothonotary, out of court, is subject to revision by the court, whose judgement may also be appealed from ; but during the litigation, the person elected is obliged to administer provisionally ; and all his acts of administration are valid, even if he be afterwards discharged from the tutorship.

---

* V. *C. C. B. C.*, arts., 263, 265.

---

* *Lamoignon*, Arrêtés, *tit* 4, *arts.* 58 *et* 59. } On peut appeler du jugement intervenu sur l'avis des parents ; mais l'appel n'est recevable du dit avis, ni de leur nomination, sauf au tuteur nommé, qui se plaint, à proposer ses empêchements et ses excuses par-devant le juge de la tutelle.

[59.] Le tuteur appellant doit administrer et est chargé de la tutelle, nonobstant et sans préjudice de son appel, et ce qu'il a géré cependant sera valable, encore que par l'événement il soit déchargé de la tutelle.

---

* V. *S. R. B. C.*, ch. 88, s. 4, cité sous l'art. 255 ; et ch. 78, s. 23, cité sous l'art. 88.

---

* *C. N.*, 440. } Si ses excuses sont rejetées, il pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre, mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement.

SECTION IV.

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE.

282. Ne peuvent être tuteurs :

I. Les mineurs, excepté le père qui est tenu d'accepter la charge, et la mère qui, quoique mineure, a droit à la tutelle de ses enfants, mais n'est pas tenue de l'accepter.

SECTION IV.

OF INCAPACITY, EXCLUSION AND REMOVAL FROM TUTORSHIP.

282. The following persons cannot be tutors :

I. Minors, except the father who is bound to accept the office, and the mother, who although a minor, has a right to the tutorship of her children, but is not bound to accept it.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit. 4, arts. 23 et suiv.* } Le père, même mineur de vingt-cinq ans, nommé tuteur de ses enfans, est tenu de faire la charge, et ne s'en peut excuser.

[24.] La mère peut être nommée tutrice de ses enfans et sera préférée à tous autres, même à l'aïeul paternel, s'il n'y a juste raison de l'exclure, et qu'avec connaissance de cause elle soit jugée incapable de l'administration des biens de ses enfans, ou qu'elle en ait été privée par le testament de son mari ou autre acte signé de lui, ou que par le même acte ou testament le mari ait nommé un autre tuteur encore que le tuteur ainsi nommé ait refusé la charge, ou que pour des causes légitimes il en ait été exclu par avis de parens.

[25.] Mais la mère ne peut être contrainte de prendre la tutelle de ses enfans, si bon lui semble.

[27.] La mère mineure de vingt-cinq ans ne peut être donnée pour tutrice à ses enfans, nonobstant qu'elle ait été nommée par le testament de son mari, sinon en baillant un cotuteur majeur qui demeure responsable solidairement de l'administration par elle faite durant sa minorité.

[ARTICLE 288, § I.]

* *Denisart (ancien), Vo. tutelle, p.* 760. } De droit commun les femmes sont incapables d'être tutrices, et on ne défère ordinairement cette qualité qu'aux mères majeures et aïeules, dans les coutumes qui ne la leur accordent point expressément ; car il y en a qui nomment formellement les mères qui ne se remarient pas) tutrices et curatrices de leurs enfans, notamment celle de Bretagne, article 506 ; même quand la mère serait mineure, suivant la 124e. décision de Boerius, parce que la femme par le moyen du mariage est émancipée, conséquemment *reputatur major* ; la coutume de Bretagne, ainsi que celle de Poitou, article 305, se contentent de la seule qualité de mère ; auquel cas néanmoins on donne aux enfans en tutelle un curateur, pour assister leur mère dans sa charge. La coutume de Berry, article 25 du titre premier, en contient une disposition expresse.

Les mineurs, les religieux, les interdits, les insensés, les prodigues, les aveugles, ceux qui sont sourds et muets, les infâmes, ceux qui sont morts civilement ne peuvent être tuteurs ; et si l'une de ces incapacités survient en la personne du tuteur depuis que la tutelle lui est déférée, il faut le décharger, et nommer un autre tuteur.

---

* *Meslé, p.* 313. } Les mineurs de 25 ans sont incapables d'être tuteurs ou curateurs, (*L. ult. Cod. de legitima tutela.*)

Un père ou mère mineurs peuvent-ils être tuteurs de leurs enfants ? Il est sans difficulté, que dans le droit romain, et dans les coutumes où le père, en vertu de la puissance paternelle, comme en Poitou, a l'usufruit du bien de ses enfants pendant leur minorité ; ce droit est également acquis au père, quoiqu'il soit mineur de 25 ans.

Id., p. 316.—La coutume de Paris qui a pris soin de donner des règles pour les gardes noble et bourgeoise ne dit rien des tutelles et curatelles, et semble laisser au Juge à décider des

cas où il faut pourvoir de tuteur ou curateur, et faire inventraire. M. de Cambolas, liv.. 4, ch. 22, rapporte un arrêt rendu au parlement de Toulouse le premier avril 1620, par lequel il fut dit, que la mère pouvait être nommée tutrice par le testament de son mari, encore qu'elle fut mineure de 25 ans. Même chose avait été jugée au parlement de Bordeaux par arrêt du 27 Juillet 1521, Papon, liv. 15, tit. 5, n. 3. Par sentence du Châtelet en 1689, il fut jugé, plaidants messieurs Quillet et Pasquier dans la tutelle du nommé Bouguier, que le père, quoique mineur, avait pu être nommé tuteur; et après par arrêt du 2 Mai 1690, les parties furent appointées au conseil, plaidans les mêmes avocats. M. de Lamoignon, avocat général sut d'avis que le père, mineur, pouvait être tuteur.

---

* 4 *Pandectes Frs.*,*p.*555, *sur art.* 442, *C. N.* } Toutes les dispositions de cet article sont puisées dans les lois romaines.

A l'égard des mineurs, il faut distinguer. Le magistrat, lorsque la tutelle était dative, et qu'il donnait un tuteur en vertu de la loi Atilia, ne nommait que des citoyens majeurs. Mais lorsque la tutelle était légitime, c'est-à-dire, quand elle était déférée par la loi, le parent qui y était appelé, lorsqu'il se trouvait mineur, n'en était pas pour cela privé. On nommait un curateur pour administrer jusqu'à sa majorité. Ce droit, néanmoins, avait été changé par les dernières constitutions de Justinien (Novel. 118, cap. 5). Le Code civil adopte ces dernières dispositions, et déclare la minorité une incapacité absolue de tutelle, pour tout autre que le père ou la mère.

A l'égard de celie-ci, comme dans l'origine du droit romain, et pendant tout le temps de la république, elle était incapable de la tutelle de ses enfans; qu'elle n'y fut appelée que par les Empereurs; elle ne l'était que sous la condition qu'elle serait majeure. (*L. 2 Cod, qu. mul. tut. off.*) Le Code civil change

cette règle. En admettant la mère au partage de la puissance paternelle ; en la lui attribuant après la mort de son mari ; il l'appelle à la tutelle, qui en est une dépendance, quoique mineure.

Remarquez que, parmi les tuteurs légitimes, il n'y a que le père et la mère qui aient ce privilège. Un aïeul, qui se trouverait mineur, ne pourrait point être tuteur.

---

* *C. N.*, 442. } Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille :

1° Les mineurs, excepté le père, ou la mère ;

2° Les interdits.

3 Les femmes, autre que la mère, et les ascendantes ;

4° Tous ceux qui ont, ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis.

282—II. Les interdits.	282—II. Interdicted persons.

---

* *Pothier, Des personnes,* *p.* 611. } Il ne suffit pas que le plus prochain parent soit capable, pour qu'on doive l'élire, la coutume veut qu'il soit idoine. Celui qui a la capacité civile pour être tuteur, n'est pas néanmoins toujours propre à gouverner la personne et les biens du mineur, v. g. la rusticité ou trop grande simplicité, les infirmités habituelles, le dérèglement des mœurs, empêchent qu'une personne doive être jugée idoine. La coutume veut encore que celui qu'on élira, soit suffisant. Un homme sans biens, un homme qui a fait faillite, est suspect de dissiper les deniers de la tutelle, et n'est pas suffisant.

---

* V. *Denisart (ancien)*, cité sous l'art. précédent.

[ARTICLE 282, § II.]

* *Meslé*, *p.* 312. } Ceux qui ne sont pas capables de se gouverner eux-mêmes, ne peuvent pas gouverner les autres, (*L. ult. Cod. de legitima tut.*) Ainsi les mineurs, les furieux, les sourds et muets, les prodigues, et généralement tous ceux qui sont confiés à l'administration des autres, sont naturellement incapables d'être tuteurs et curateurs.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 4, *art.* 36. } Ne peuvent être tuteur les prodigues, furieux et insensés, même ceux qui ont de bons intervalles, et généralement tous ceux qui ont besoin eux-mêmes de curateur, ou qui sont notés d'infamie-

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 556. 557, *sur art.* 442, *C. N.* } Le § 2 de notre article déclare incapables de la tutelle, les interdits.

Cette décision ne peut présenter aucune difficulté. Il est évident que les interdits, perdant l'exercice des droits de citoyens, et ne pouvant remplir aucunes fonctions publiques, sont incapables de la tutelle, qui est un office public. Cette incapacité est de droit. Si un tuteur venait à être interdit, il serait, *ipso facto* , déchu de la tutelle, et il faudrait en nommer un autre, sans qu'on fût obligé de faire prononcer la destitution (*L.* 40, *ff. de excus. tut. L. unic. Cod. qui morb.*)

Mais faut-il absolument que l'interdiction soit prononcée pour donner naissance à l'incapacité ?

A l'égard du furieux, ou de l'insensé, il ne peut y avoir d'embarras. Il est certain que c'est la nature elle-même qui produit l'incapacité, indépendamment de la sentence d'interdiction qui ne fait que la déclarer. Ainsi, du moment qu'un homme est attaqué de folie, il est incapable, quoique non encore interdit. (*L.* 11—*L.* 40, *ff. de exc. tut.*) Cependant, lorsque la tutelle est déférée, il faut qu'il n'y ait plus d'espérance de

guérison, car une attaque accidentelle, un accès passager, ne pourraient pas autoriser la destitution (*L.* 10, § 8 *eod.*)

A l'égard du prodigue, la réponse est dans l'article 438 (444) § 1, ci-après, qui déclare incapable de la tutelle, et même destituables, les gens d'une inconduite notoire. Ainsi, l'interdiction n'est pas absolument nécessaire, pour opérer cette incapacité ; ou, même, ce qui est plus fort, l'indignité. Le dérèglement de la conduite d'un homme, peut n'être pas porté assez loin, pour le faire interdire, et cependant être très dangereux pour le mineur, dont la personne et les intérêts lui seraient confiés.

---

* *C. N.*, 442, § 2. } Cité sous l'article précédent.

---

282 § 3. Les femmes, autres que la mère et les ascendantes, lesquelles ont droit, tant qu'elles sont en viduité, et dans le cas du dernier paragraphe de l'article 264, à la tutelle de leurs enfans et petits enfants, mais ne sont pas tenues de s'en charger.

282 § 3. Women, other than the mother and female ascendants, who are entitled, during their widowhood and in the case provided for in the last paragraph of article 264, to the tutorship of their children and grandchildren, but are not bound to accept it.

---

* *Pothier, Des personnes, Tit.* V. } Le sexe, fait, dans l'état civil des personnes, une différence entre elles. Celui des hommes est plus étendu.

Les fonctions civiles et offices publics étant réservés aux seuls hommes, et interdits aux femmes, les femmes ne peuvent donc faire les fonctions d'avocats, de juges ; elles sont incapables de tutelle, curatelle, sauf que, par exception au

droit commun, quelques coutumes leur défèrent celles de leurs enfants ; elles ne peuvent être témoins dans les actes, pour la solemnité desquels les témoins sont requis, &c.

Le droit d'interdire aux femmes les offices publics, nous est commun avec les autres peuples. Dans le droit romain, *feminæ ab omnibus civilibus officiis remotæ sunt.* (*L.* 2, *ff. de reg. jur.*) Ce droit n'est pas seulement fondé sur la faiblesse du sexe, car il y a plusieurs fonctions civiles qui ne demandent aucune capacité ; telles que celle d'un témoin pour la solemnité d'un acte, lesquelles ne laissent pas d'être interdites aux femmes. La principale raison doit se tirer de la pudeur du sexe qui, obligeant les femmes à vivre retirées dans leurs maisons, pour s'y appliquer uniquement à leur ménage, et ne leur permettant pas de se produire au dehors surtout *in cœtibus virorum*, leur interdit, par une conséquence naturelle, ces fonctions civiles qu'elles ne pourraient remplir, qu'en se produisant au dehors, et en se trouvant avec des hommes dans les assemblées.

Id., *tit.* VI, *sec.* 3, § 11.—Les femmes sont aussi incapables de la tutelle dative ; car, comme il a été dit ailleurs, *ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt*, mêmes celles à qui la loi accorde la tutelle légitime de leurs enfants, sont incapables de cette tutelle dative ; car étant de droit commun, incapables de toutes les fonctions civiles ; et la tutelle légitime de leurs enfants ne leur étant accordée que par privilège, elles ne peuvent être capables que de celle-ci, et non d'aucune autre.

---

* Voy. *Lamoignon*, *Arrêtés*, arts. 24, 25, cités sous le § 1 de cet article.

Id., *Arrêtés*, *tit. IV*, *art.* 26. } L'aïeule ne peut avoir la tutelle de ses petits-enfans, si elle n'y est appelée par les parens à la pluralité des voix, et n'est tutrice si elle ne veut. Et les autres femmes, même la bis-aïeule, ne peut être tutrice.

[ARTICLE 282, § III.]

* *Novelles*, *Collat. IX*, *tit.* 1, *novel.* 118, *c* 5. } ......Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelæ subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum heretatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatus consulti renuntiant. Hæc enim servantes, omnibus a latere cognatis quo ad tutelam præponuntur, testamentariis solis tutoribus præcedentibus eas, defuncti namque voluntatem et electionem præponi volumus...

---

* *Ferrière*, *tutelle*, *partie* 2, *sec.* 2, § 44 *et suiv.* } La mère, selon l'ancien droit était incapable de gérer la tutelle de ses enfants que leur père lui avait déférée par son testament : *Jure nostro tutela communium liberorum matri*, *testamento patris*, *frustra mandatur*, *leg.* 26, *ff. de test. tut.* Si dans la suite et par un droit nouveau les empereurs admirent la mère et l'aïeule à la tutelle, comme nous l'avons établi dans la première partie, sec. III, nomb. XLVII, c'est sans doute parce qu'ils crurent que l'affection maternelle suppléerait à l'infirmité du sexe : affection qu'on ne trouve point dans les autres femmes ; en sorte qu'il n'est pas possible d'argumenter en leur faveur du privilège extraordinaire accordé à la mère et à l'aïeule, et d'autant moins que, comme l'enseignent *Joann. Petr. de Terrariis*, *in prax. tit.* 15, *Gloss.* 18, *num.* 4 *; et Mornac*, *ad leg. quæ* 2, *Cod. de legib. et constitutionib. princip.* il est de règle que les privilèges concédés à une personne ne souffrent point d'extension en faveur d'une autre personne : *Jura enim sunt singularia*, *quæ neque res neque personas quibus indulta sunt*, *egredi consueverunt.* En un mot, à l'exception de la mère et de l'aïeule, toutes les femmes sont exclues de la tutelle en termes très précis : *Mulieribus enim etiam nos interdicimus*, &c , *novel.* 118, *cap.* 5.

[ARTICLE 282, § III.]

* *Meslé*, *p.* 311. } C'est une charge virile que d'administrer une tutelle, et un tel office est au-dessus du sexe et de la faiblesse des femmes, *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum fœminæ infirmitatis tale officium est*, *L.* 1, *C. Quando mulier tutelæ officio fungi potest.*)

Les Empereurs Valentinien, Théodose et Arcade par leur constitution, qui est dans la *loi* 2, *C. Quand. mul. tut.* datée du 21 Janvier 373, permirent à la mère d'être tutrice. Le ch. 5 de la Novelle 118, admet la mère et la grand-mère à être tutrices de leurs enfans et petits enfans, et interdit l'office de tutelle aux autres femmes, *prœter has*, &c. Comme la mère et la grand-mère peuvent être tutrices, cela fait qu'à la maxime que la tutelle est office viril, on a ajouté le plus souvent *plerumquè* dans la loi 16, ff. de tut : *Tutela plerumquè virile officium est.*

---

* 2 *Pigeau*, *p.* 306. } Il n'y a parmi les parentes que les ascendantes qui puissent être chargées de la tutelle. On pense que la tendresse qu'elles ont pour leurs enfants, leur fera faire des efforts qu'on les présume apparemment incapables de faire lorsqu'elles n'ont pas des motifs aussi puissants.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 558. } L'exclusion prononcée contre les femmes, résulte de la nature même de la tutelle, qui est un office public, dont les femmes sont incapables. Aussi était-elle établie par toutes les législations anciennes, comme elle l'est par celles actuelles de presque tous les peuples.

Il n'y a d'exception à cette règle, qu'en faveur de la mère qui est appelée à la tutelle légitime après son mari ; et des aïeules, soit paternelles, soit maternelles, qui peuvent être élues tutrices, à défaut d'ascendants mâles.

Cette exception n'a lieu que pour la mère et les aïeules. Une belle-mère ne serait point appelée à la tutelle des en-

fants de son mari, issus du premier mariage: et elle ne pourrait point y être élue. (Arrêt du parlement de Toulouse, du 23 Juillet 1623, rapporté par d'Olive, liv. 1, chap. 33). Il en serait de même d'une seconde femme d'un des aïeux.

---

* Voy. *C. N.*, 442, § 3, cité sous le § 1 de cet article.

---

282 § 4. Tous ceux qui ont, ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens, sont compromis.

282 § 4. All those who themselves or whose father and mother have against the minor a suit at law involving his status, his fortune, or an important portion of it.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 4, *art.* 42. } Le créancier, ou débiteur du mineur pour une somme certaine et liquide, peut être son tuteur; mais s'il s'agit de prétentions grandes et indéfinies, pour ou contre le mineur, la tutelle en ce cas ne leur sera pas déférée, à la réserve du père, de l'aïeul, de la mère, et de l'aïeule.

---

* *Meslé*, *ch. XI*, *p.* 319-320. } La loi 21 au digeste, et le § *Item propter litem* 4 aux Inst. *de excus.* ne veulent que le procès avec le pupille ne soit un moyen d'excuse, que quand le procès est de tous les biens ou d'une succession. La loi 16, Cod. *de exc.* fait pareillement du procès pour une hérédité, un moyen d'excuse seulement. Ne serait-ce point aussi une incapacité ? Celui qui dispute au mineur le tout ou la plus grande partie de ses biens, semble manquer de la bonne volonté requise dans le § 4 de la loi 21, au *ff. de tut. vel cur. datis*, pour pouvoir être élu tuteur. La contestation du tout ou de la plus grande partie des biens, semble mettre un bien

plus grand obstacle à la capacité d'être tuteur, que la simple qualité de créancier ou de débiteur, dont la Novelle 72 fait un empêchement pour la curatelle.

Id., *p.* 321.—Cette Novelle (72) fait une innovation ; car par l'ancien droit le créancier qui est donné pour tuteur non-seulement ne perd point son droit, mais il peut se payer lui-même : *Creditorem debitoribus tutorem datum, non tantum petitionem non amittere, sed etiam ipsum sibi posse solvere, non ambigitur,* (*L.* 8, *Cod. qui dare tut.*) Il ne parait pas que la Novelle ait eu d'exécution en pays coutumier, autrement qu'en ce qu'elle défend aux tuteurs et curateurs de prendre des cessions sur leurs mineurs ; un arrêt du parlement de Bretagne du 19 fév. 1571 en contient la prohibition ; et dans le cas même où le tuteur a pris cession sur les mineurs, il ne porte pas entièrement la peine imposée par la Novelle, qui est de ne pouvoir rien exiger du mineur, ni avoir de recours contre le cédant. Les arrêts rapportés par Louet et Brodeau, l. T. n. 4, accordent au tuteur ce qui lui en a coûté pour le prix du transport. Il est vrai que par un arrêt du 12 Janvier 1624, le tuteur fut privé du prix même ; mais ce ne fut pas en punition du transport ni au profit des mineurs ; ce fut pour punir le tuteur du faux serment qu'il avait fait, que la cour adjugea aux pauvres la somme de 300 liv. que le tuteur avait payé pour le prix du transport qu'il s'était fait faire d'une créance de 1747 liv. 15 fr. L'ancien Droit subsiste donc en pays coutumier, si ce n'est que la créance indéfinie ou le procès du tout ou d'une grande partie de biens, qui n'était qu'une simple excuse, peut être regardée comme un empêchement. L'art. 42 des arrêtés de M. le premier président le fait entendre ainsi en disant que le créancier ou débiteur, &c. (suscité.)

---

* 1 *Malleville, p.* 398, 399, *sur art.* 442, *C. N.* } Sur le no. 4, le droit romain portait plus loin l'exclusion de la tutelle à

raison des procès, et elle décidait que celui qui, à raison de cet emploi, serait obligé d'intenter un procès contre sa sœur ou ses neveux, serait exclu de la tutelle, *ne a pupilli defensione inhibeatur effectu.*)*L.* 23, *Cod. de excus.*)

Puisque notre article s'est borné aux procès que le tuteur, ou ses père et mère, auraient avec le mineur, je crois qu'il faut écarter aujourd'hui cette loi 23 ; mais je pense qu'il en doit être autrement d'un procès que la femme ou les enfans du tuteur auraient avec le mineur : et si l'affection présumée du tuteur pour ses père et mère est un motif d'exclusion ou d'excuse, à plus forte raison, celle qu'on doit avoir pour sa femme et pour ses enfans ; une loi qui défend le moins prohibe bien le plus. (*L.* 110 *ff. de reg. juris.*) D'ailleurs, le procès de la femme et des enfans du tuteur lui est en quelque manière personnel.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 444-445. } En général un procès qu'une personne aurait avec un pupille n'est pas une raison pour exempter la première de la tutelle, parce que, dans ce cas, on donne au pupille un curateur pour le défendre. Il en est de même des intérêts contraires, que le tuteur et le pupille peuvent avoir. Il suivait de là, dans l'ancien droit, que ce n'était pas une excuse valable de tutelle d'être débiteur ou créancier du pupille. Nous avons vu que Justinien avait introduit un usage contraire par ses novelles, qui n'ont point été admises dans notre législation à cet égard.

Si cependant, le procès mu entre le tuteur nommé, et le pupille, compromettait la totalité, ou la majeure partie de la fortune de ce dernier, il fournirait une excuse légitime : et même, si le tuteur lui-même ne s'excusait point, il serait écarté de la tutelle, comme suspect.

Il en serait de même si ce procès avait pour objet l'état du pupille qui serait contesté ; pourvu néanmoins, que la contestation fut sérieuse, et que le procès ne fut pas uniquement intenté pour se procurer une cause d'excuse.

Id., *p.* 558-559. } Le § 4 de cet article (442, C. N.) est entièrement puisé dans les lois romaines (L. 21, Cod.—L. 6, § 18.— L. 20-21, ff. de exc. tut. Instit., eod. § 4). Sa rédaction a le mérite de rendre le sens des textes du droit, d'une manière tellement claire et complète, qu'il fait cesser toutes les questions qui s'étaient élevées autrefois sur son application.

Cette règle doit-elle s'appliquer aux pères et mères, et ascendants ?

Si on consulte la novelle 72, chapitre premier, l'affirmative parait en résulter, parce qu'elle comprend expressément les tuteurs légitimes. *Etiamsi legibus vocetur... non accedat.*

Cependant, l'usage général de France, est de ne point appliquer ce principe aux père et mère, et ascendans. Le mineur est alors défendu contre eux, par le subrogé-tuteur (1 Henrys, liv. 4, quest. 37,—Bouchel, au mot tuteur,—Cateban, Albert, lett. 2. ch. 55—Arrêt du 15 Juillet 1704. Journ. des Aud.)

---

* Voy. *C. N.* 442 § 4. } Cité sous le § 1 du présent article.

---

283. La mère et l'aïeule qui ont été nommées tutrices en viduité, sont privées de cette charge du jour qu'elles contractent un second mariage, et si, avant la célébration de ce mariage, les mineurs n'ont été pourvus d'un nouveau tuteur, le mari de la mère ou aïeule tutrice demeure responsable de la gestion

283. Mothers and grandmothers who have been appointed to a tutorship during their widowhood, are deprived of it from the day on which they contract a second marriage ; and if the minors have not been provided with another tutor prior to such marriage, the husbands of such mothers or grand-

des biens des mineurs pendant ce second mariage, même au cas où il n'y aurait pas de communauté.

mothers remain responsible for the administration of the property of the minors during the second marriage, even if there be no community.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit. 4, art.* 29. } La mère et aïeule tutrices demeureront privées de la dite charge, du jour qu'elles contracteront un second mariage, encore qu'elles aient été nommées par le testament du père ; et au cas qu'elles reviennent en état de viduité, elles ne pourront reprendre la tutelle de leurs enfants et petits-enfans bien qu'elles n'eussent aucuns enfans du second lit.

Art. 32.—Le mari de la mère, ou d'aïeule tutrice, qui n'aura fait pourvoir les mineurs d'un autre tuteur avant la célébration de son mariage, demeurera garant en son nom de toutes les pertes, dépens, dommages et intérêts que les mineurs pourront souffrir dans l'administration de leurs biens durant le second mariage encore qu'il n'y eût point de communauté.

---

* *Meslé, p.* 152, } Justinien dit, qu'une mère qui prend la tutelle de ses enfans, est censée promettre de ne se point remarier ; qu'aussitôt qu'elle se remarie, elle perd la tutelle. C'est aussi la disposition de plusieurs coutumes et de l'art. 29 du tit. des tut. au recueil des arrêtés de M. le prem. président ; de sorte qu'aussitôt qu'une veuve qui était tutrice de ses enfans est remariée, les parens sont en droit de s'assembler, soit pour donner la tutelle au second mari, soit pour la déférer à un autre parent ou allié.

Id. p. 154. —En France la mère et la grand'mère sont appelées pour avoir voix aux élections de tuteurs de leurs enfans et petits-enfans. Art. 4 du tit. des tutelles, au recueil des ar-

rêtés de M. le prem. Président. Mais par l'art. 20 du même titre, les voix de la mère et de son second mari, et d'une grand'mère et de son mari, ne seront comptées que pour une. L'arrêt du 12 Déc. 1724 dit seulement que la mère assistera à l'avis de parens, et ne dit point qu'elle donnera son avis, parce qu'il s'agissait de la destituer. Quand la mère et son mari assistent à l'élection de tuteur, la mère y est assistée de son mari. L'arrêt de 1724 qui dit seulement que la mère assistera à l'avis de parens et sera appélée en la cour, ne parle point du mari ; il faut le sous-entendre ; car une femme en puissance de mari n'est pas capable d'ester à droit, sans y être assistée de son mari, ou bien il faut qu'elle soit autorisée par justice. L'arrêt du parlement de Bretagne du 10 Octobre 1562, rapporté par du Fail, liv. 2., ch. 176, autorisait la mère remariée à faire signifier l'arrêt et à convoquer l'assemblée de parens au sujet du tuteur qui refusait de faire inventaire.

Le mari de la mère ou aïeule tutrice, qui n'aura fait pourvoir les mineurs d'un autre tuteur avant la célébration du mariage, demeurera garant en son nom de toutes les pertes, dépens, dommages et intérêts que les mineurs pourront souffrir dans l'administration de leurs biens, recueil des arrêtés de M. le Prem. Président. C'est-à-dire que le mari qui épouse une femme tutrice sans faire pourvoir d'un autre tuteur aux mineurs, se charge de la tutelle, et en demeure garant, ses biens sont tacitement hypothéqués, *L.* 6, *C. in quib. causis pignus tacitè contrahitur. L.* 2, *C. Quando mulier tut. off. Nov.* 22, *ch.* 40.

---

35 *Nerlin*, *Rep.*, *Vo. tutelle*, *sec.* 3, *n.* 3 } Quand nous disons qu'une femme remariée peut être élue tutrice, on conçoit aisément qu'elle doit, en ce cas, avoir son second mari pour adjoint. Son incapacité de traiter aucune affaire sans le secours de l'autorisation maritale, amène nécessairement cette conséquence.

Il arrive même très souvent que le second mari est nommé seul tuteur aux enfans de sa femme. La loi 32, § 1, *D. de adoptionibus* ;la loi 2, *C. de interdicto matrimonia*, et la loi 3, *C. de contrario judicio tutelæ*, l'approuvent expressément.

---

284. La condamnation à une peine infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle ; elle emporte de même la destitution dans le cas où il s'agit d'une tutelle antérieurement déférée.

284. Condemnation to an infamous punishment carries with it by law exclusion from tutorship ; it also entails removal from a tutorship previously conferred.

---

* *Voy. Lamoignon,—Arrêtés, tit.* 4, *art.* 36, cité sous le § 2 de l'art. 282.

---

* *Meslé, p.* 301. } Il a été dit que le tuteur condamné au bannissement à perpétuité du royaume, cesse d'être tuteur, parce qu'il est réputé mort civilement ; mais celui qui n'est condamné qu'à un bannissement à temps hors d'une Province, ne meurt pas civilement.

P. 302. Il y aurait bien des choses à dire si on entrait dans la discussion de la relégation des Romains, et du bannissement tel qu'il est entendue en France : bornons-nous à dire que l'art. 36 des arrêtés de M. le prem. Prés. sur les tutelles, veut que ceux qui sont notés d'infamie ne puissent être tuteurs ni curateurs ; et l'art. 115 dit, que les mêmes causes pour lesquelles une personne peut être exclue de la tutelle avant son élection, peuvent donner cause à la destitution, quand elles surviennent durant le cours de la tutelle. Quand l'infamie est certaine par la condamnation, et que la condamnation n'est pas contestée, il ne sera pas nécessaire de faire d'autre preuve ni instruction pour prononcer la destitution ;

il suffira d'assembler les parens pour donner leur avis sur la destitution, et pour nommer et substituer, par l'autorité du juge, un autre tuteur, *alius idoneus substitui sententia competentis judicis solet in locum relegati*, (*L.* 4, *C. In quibus casibus tutor vel curator*). Cependant ceux qui sont ainsi notés, demeurent chargés de la gestion, et peuvent même agir ou défendre en qualité de tuteurs ou curateurs, *sed est æquissimum ti tutelam vel curam hujusmodi persœnæ administrent, postulare eis pro his quorum curam gerunt concedi*, (*L.* 1, § 6, *ff. de postulando.*) Il est écrit qu'un autre tuteur peut être substitué en leur place, mais il n'est point dit qu'ils puissent se faire décharger de la tutelle ou curatelle ; c'est que si leur crime les a rendus indignes d'être tuteurs ou curateurs, il ne leur a pas acquis l'avantage de se faire décharger de la tutelle ou curatelle.

---

* *Serres, Inst., liv.* 1, *Tit. XII*, § 4, *p.* 86. } *Sed et capitis dimunitione, per quam libertas vel civitas amititur omnis tutela perit.*

Il est vrai qu'à la rigueur il faut que le tuteur ait été condamné à une de ces peines qui emportent avec soit la mort civile, pour qu'on puisse dire que la tutelle qu'il exerçait a pris fin, et il n'y a que la condamnation à mort, ou aux galères perpétuelles, ou au bannissement à perpétuité, qui produisent cet effet ; cependant on tient que quand le tuteur ne serait condamné qu'à un banissement à tems, amende honorable, ou autre peine infamante, il est dès-lors regardé comme suspect, et il doit être rejetté de la tutelle par indignité.

---

* 4 *Pandectes Frs., p.* 54, 55. } L'exclusion portée en cet article (C. N. 443) est encore une suite de la nature de la tutelle.

Il n'est pas douteux que cette exclusion a lieu pour les

tuteurs légitimes, comme pour les autres ; et, par conséquent, qu'elle s'applique aux pères et mères, et aux ascendans.

Lorsque l'un des époux a été condamné à une peine de cette nature, faut-il nommer un tuteur aux enfans ?

Non, sans doute. Car il n'y a pas lieu à la tutelle, tant que le mariage dure. Il en serait autrement, si la peine emportait mort civile.

---

* *C. N.*, 443. } La condamnation à une peine afflictive ou infamante, emporte, de plein droit, l'exclusion de la tutelle. Elle emporte, de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée.

---

285. Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice :

1. Les personnes d'une inconduite notoire ;

2. Ceux dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité.

285. The following persons are also excluded from tutorship, and even may be deprived of it when they have entered upon its duties :

1. Persons whose misconduct is notorious ;

2. Those whose administration exhibits their incapacity or dishonesty.

---

* *ff. Lib.* 26 *Tit.* 10, *de suspectis tut.*, *l.* 3, § 5. } Nunc videmus, ex quibus causis suspecti removeantur. Et sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est, aut sordidè egit, vel perniciose pupillo, vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus jam tutor. Quòd si quid amisit, quam tutor esset, quamvis in bonis in pupilli, vel tutela, non potest suspectus tutor postulari : quia delictum tutelam præcessit. Proindè si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset accusari debet expilatæ hereditatis crimine : si minùs furti.

Ibid., *L.* 8.—Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut susceptus sit : enimverò tutor, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

———

* *Voy. Pothier*, *Des personnes*, *p.* 611, cité sous l'article 282, § 2.

Id., *p.* 621, *Tit. VI*, *art. V.*—Elle (la tutelle) finit aussi, lorsque le tuteur, pour quelque juste cause, en a été destitué, *v. g.* si le tuteur avait fait faillite, s'il était de mauvaises mœurs, ou s'il était à craindre qu'il ne dissipât les biens de son mineur, il pourrait, sur la poursuite de quelques proches parens, être, en connaissance de cause, destitué de la tutelle par le juge.

———

* *Meslé*, *ch.* XI, *p.* 318. } Il faut surtout que le magistrat s'informe des noms de ceux qui doivent être créés tuteurs ; car ni les biens, ni la dignité ne suffisent pas pour la sûreté comme le bon choix ou la bonne volonté, et les bonnes mœurs, *Cum reliquis oportet magistratum, et mores creandorum investigare* neque facultates enim neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio vel voluntas et benigni mores, § 5 *ff. L.* 2, *de tut. et cur.* Si les bonnes mœurs sont nécessaires pour pouvoir être tuteur, il suit que celui qui n'est pas de bonnes mœurs, ou autrement qui est infâme, ne peut pas être tuteur.

Id., *p.* 296.—Il est permis de poursuivre comme suspect le tuteur pour le dol qu'il a commis dans la tutelle : par exemple, s'il s'y est comporté en brigand, ou d'une manière sordide, ou qui ait été pernicieuse au pupille, ou qu'il ait intercepté quelque chose des biens pupillaires, étant tuteur ; car s'il l'avait fait avant que d'être tuteur, il faudrait le poursuivre comme coupable d'avoir pillé l'hérédité, ou du moins comme coupable de larcin. (*L.* 3, § 5, *ff*, *de susp. Nunc videamus*, *etc.*) Cette dernière partie touchant les pillages que le tuteur a commis dans les biens pupillaires, avant que d'être tuteur, n'est qu'une sub-

tilité de droit; car de quelque manière qu'il soit poursuivi pour cela, il devra toujours être destitué.

Si le tuteur est ennemi au pupille ou à ses père et mère, et généralement si le juge reconnait quelque juste cause qui doive empêcher le tuteur de rester dans la tutelle, il doit rejeter le tuteur *si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus, et generaliter si qua justa causa prætorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejicere eum debebit* (*L.* 3, § 12, *De susp.*) Ce qui est écrit dans l'art. 115 des arrêtés de M. le prem. prés. sur les tutelles, revient à cela. Voici l'article : Les mêmes causes pour lesquelles une personne peut-être exclue de la tutelle avant son élection, peuvent donner cause à sa destitution, quand elles surviennent durant le cours de la tutelle.

---

* *Voy.* 4 *Pandectes Frs., infrà* sous *Lahaye.*

Lahaye, sur art. 444, *C. N.* } Domat, lois civiles liv. 2, tit., 1, sec. 6, n. 8.—Le tuteur peut être destitué, si sa mauvaise conduite mérite qu'on lui ôte l'administration : comme s'il prévarique pour faire périr les droits du mineur, s'il abandonne les affaires, s'il s'absente et s'il disparait, laissant la tutelle dans le désordre; s'il ne fournit aux aliments et à l'entretien du mineur, en ayant le fonds, et généralement s'il y en a d'autres justes causes, quand ce ne serait même qu'une négligence, si elle est telle qu'elle mérite que la tutelle soit mise en d'autres mains.

Malleville.—Notre article n'entre dans aucun détail sur les motifs qui peuvent faire déclarer un tuteur suspect; et en effet, ils doivent être laissés à l'arbitrage des Juges.

Delvincourt, t. 1, note 6 de la page 121.—On a mis en question si le père exclu de la tutelle conservait la puissance paternelle. Quelques auteurs, du nombre desquels est M. Proudhon, ont décidé l'affirmative. Mais la tutelle n'est-elle pas la charge d'administrer la personne et les biens du mi-

neur ? Et je le demande, lorsqu'un père est privé, surtout par une disposition pénale, du droit d'administrer la personne et les biens de ses enfans, sur quoi pourra s'exercer sa puissance.

Remarquez, au surplus, qu'en parlant de la puissance paternelle, je n'entends parler que des *droits sur la personne* ;... *Pandectes Françaises*.—Le terme inconduite, employé par cet article, ne comprend pas seulement le désordre dans l'administration des affaires, il s'applique également à la dissolution des mœurs. L'esprit et le cœur du pupille ne sont pas moins précieux pour la société que sa fortune. Si donc la conduite du tuteur exposait l'un et l'autre à la corruption, on pourrait ou l'écarter de la tutelle ou la lui ôter. (Proudhon, t. 2, p. 204).

Duranton, *t*. 3, *n*. 509.—Cet article s'applique aussi aux prodigues, lors même qu'ils ne seraient pas encore placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire ; car, s'ils l'étaient, évidemment ils ne pourraient gérer la tutelle : celui qui a besoin d'un guide ne peut en servir aux autres.

Victor Augier, Encycl. des juges de paix, tutelle, sec. 6, n. 12.—Si l'incapacité qui résulte du défaut de connaissance des affaires n'a rien de répréhensible en elle-même, celui qui a la connaissance de son incapacité a du faire gérer et administrer par un mandataire capable. Ses fautes graves, dans l'administration de la tutelle, approchent du dol. (Toullier, t. 2, n. 1165).

La destitution de la tutelle, pour incapacité, peut être prononcée contre le père, tuteur légal, comme contre tout autre tuteur. Seulement, les motifs doivent être plus graves et plus puissants dans ce cas.

Un tuteur est destituable, s'il ne donne pas à sa pupille une éducation convenable, et s'il lui permet de dangereuses fréquentations.

No. 13, § 2—Toutes les causes d'exclusion sont limitatives ; par conséquent un conseil de famille ne peut prononcer

l'exclusion d'un parent, sous des prétextes de moralité. Il ne le peut que dans le cas où il y a incapacité prononcée par la loi.

No. 9, sec. 1.—Le père en état de faillite ne perd pas ses droits à la tutelle légale de ses enfans; car un failli peut être un homme probe et intelligent, un débiteur malheureux et de bonne foi. (Arg. de l'art. 442 du Code de Commerce).

* *C. N.*, 444. } Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice,—1° Les gens d'une inconduite notoire;—2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité.

---

286. La demande en destitution se poursuit devant le tribunal compétent, par un des parents ou alliés du mineur, par le subrogé-tuteur, ou par aoute autre personne tyant intérêt à la destitution.

286. Actions for the removal of tutors may be brought before the court, by any one related or allied to the minor, by the subrogate-tutor, or by any other person having an interest in such removal.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *art.* 115. } Le tuteur ne peut abandonner la tutelle, mais il peut être destitué en connaissance de cause, et déchargé à la réquisition de parents; et ne peut, le juge d'office, sans avis de parents, destituer un tuteur.

---

* *Meslé, ch.* 1, *p.* 294. } L'art. 115 des arrêtés de M. le prem. Prés. dit que le tuteur peut être destitué en connaissance de cause, et déchargé à la réquisition de parents, et ne peut, le juge d'office, sans avis de parents, destituer un tuteur; cependant le § 4 de la *L.* 3, *ff. de suspectis*, veut que sans accusation le juge puisse destituer le tuteur s'il y a des

preuves évidentes qu'il est suspect, *præterea videndum, an et sine accusatione possit suspectus repelli etmagis est ut repelli debeat, si prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse : quod favore pupillorum accipiendum est.* Mais quelque preuve qu'il y ait d'ailleurs, l'avis de parens est toujours nécessaire quand il s'agit de destituer un tuteur ou un curateur institué sur leur avis.

Le juge pourra donc d'office ordonner que les parens donneront leur avis au sujet de la destitution, mais il ne pourra d'office sans avis de parens prononcer la destitution.

---

* *Voy.* 12 *Vic., ch.* 38, *sec.* 74, cité sous l'art. 249.

---

* 4 *Pandectes Françaises, p.* 564. } On voit, par toutes les dispositions du Code, que le subrogé-tuteur est le contrôleur de la tutelle, et le défenseur du pupille, toutes les fois qu'il doit agir contre son tuteur, ou celui-ci contre le mineur. Il n'est pas douteux que, dans ce dernier cas, les assignations doivent être données au domicile du subrogé-tuteur.

La famille, néanmoins, ne perd pas son droit d'inspection et de surveillance sur la personne du mineur ; mais comme elle n'en a pas l'administration, elle ne peut agir directement. Elle doit s'assembler pour délibérer.

---

3 *Duranton, No.* 512. } Et cet article s'applique également au cas d'exclusion.

---

* *C. N.*, 446 *et* 448. } Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé-tuteur ou d'office par le juge de paix. Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parens ou alliés du mineur, au degré de cousin-germain ou à degrés plus proches.

[448.] Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau entrera aussitôt en fonctions. S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel—Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

---

287. La destitution ne peut être prononcée que sur l'avis du conseil de famille, qui se compose de même que pour la nomination à la tutelle et est convoqué ainsi que le tribunal l'ordonne.

287. The removal of a tutor can only be ordered upon the advice of a family council, which is composed in the same way as for his appointment, and called in such manner as the court directs.

Voy. Autorités sous l'art. précédent.

---

288. Le jugement qui prononce la destitution doit être motivé, et ordonner la reddition de compte et la nomination d'un nouveau tuteur, qui est nommé avec les formalités ordinaires, aussitôt que le jugement est devenu exécutoire, soit par acquiescement, soit par défaut d'appel en temps utile, soit enfin que sur l'appel il ait été confirmé.

288. The judgment of removal must contain the grounds on which it is founded, and order the rendering of an account and the appointment of a new tutor, who is appointed with the usual formalities so soon as the judgment becomes executable either by acquiescence, by want of appeal in due time, or by its being confirmed in appeal.

[ARTICLE 288.]

* *S. R. B. C., Ch.* 83, *sec.* 39. } Tout jugement final et jugement interlocutoire, dont il y aura appel, prononcé par la Cour supérieure, taut dans une poursuite ou action par défaut ou *ex parte* qui sera déboutée, que dans toute autre poursuite ou action où les parties auront lié conestation (*issue joined*) contiendra un exposé sommaire destpoints de fait et de droit, et des motifs sur lesquels le juge ment est fondé, ainsi que le nom du juge qui l'aura prononcé. (12 V. c. 38, s. 36.)

---

* *Lahaye, sur art.* 447, *C. N.* } *Delvincourt*, t. 1, note 2 de la page 122. Il est évident que la disposition de cet article ne peut s'appliquer au cas où l'exclusion ou la destitution a lieu par suite d'une condamnation à une peine afflictive infamante, puisqu'alors le conseil de famille peut nommer *de plano* un autre tuteur, sans avoir même besoin de prononcer l'exclusion ou la destitution, qui a lieu de plein droit.

Rolland de Villargues, *V.* tutelle, n. 112.—Le parent qui provoque la destitution de tuteur peut concourir à la délibération qui prononce la destitution.

Toullier, t. 2, n. 1174.—La délibération ne peut être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur, qu'il faut citer à comparaître au jour fixé par le juge de paix...

C. N., 447. } Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur.

---

289. Pendant le litige le tuteur poursuivi garde la gestion et administration de la personne et des biens du mineur, à moins qu'il n'en soit ordonné autrement par le tribunal.

289. During the litigation, the tutor sued retains the management and administration of the person and of the property of the minor, unless the court orders otherwise.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit. IV*, *art.* 116. } Le tuteur ne laisse d'administrer durant la poursuite que les parents fonl pour sa destitution, s'il n'en est autrement ordonné par et juge en connaissance de cause.

---

* 1 *Bourjon*, *ch.* 2, *tit.* 6, *sec.* 6, *art.* 197. } Pendant le cours de l'instance en destitution, le tuteur doit toujours continuer l'administration, d'où il s'ensuit qu'il peut continuer de recevoir les revenus ; mais son pouvoir reçoit des limitations. En effet, à compter du jour de la requête tendant à destitution il ne peut, de ce jour, faire transport des capitaux mobiliers dus au mineur ; il y aurait danger de le rendre capable d'un tel acte, ce serait lui donner la puissance d'arrêter les effets de la destitution, si par la suite, elle était prononcée.

Telle est sur ce l'opinion commune au Châtelet.

Art. 198.—Il ne peut même faire cession des revenus à échoir, mais bien de ceux échus, puisqu'il pourrait les recevoir ; c'est suite de ce que dessus : mais, quant aux revenus à échoir, ce serait tomber dans l'inconvénient qu'on vient de remarquer.

C'est la jurisprudence du Châtelet, fondée sur ce que sans ces restrictions, il dépendrait de lui de rendre les destitutions inutiles ; inconvénient auquel il faut parer.

---

* *Poullain Du Parc, L.* 1, *ch.* 13, *Des min., sec.* 13, *No.* 138. } Jusqu'à la nouvelle pourvoyance, ou jusqu'à ce que le tuteur ait mis le mineur en état de jouir de ses biens, l'administration continue : puisque même après l'émancipation le tuteur est tenu de colloquer le reliquat du compte provisoire qu'il doit rendre, suivant l'art. 35 de l'édit.

---

* 2 *Toullier, No.* 1175. } Si la destitution est prononcée, on doit de suite procéder à la nomination d'un nouveau tuteur.

Si le tuteur destitué est présent, et qu'il adhère à la délibération, il en est fait mention dans le procès-verbal, et le nouveau tuteur entre aussitôt en fonctions.

No 1176.—S'il n'adhère pas, il doit continuer l'administration jusqu'au jugement à intervenir, puisque, suivant l'art. 448, ce n'est qu'en cas d'adhésion du tuteur destitué, que le nouveau entre aussitôt en fonctions. (*En note.* Ceci est contraire au droit romain, § 7, *Inst. de susp. tut.* Meslé, des *minorités*, p. 244. Mais Bourjon atteste que, suivant l'usage du Châtelet, le tuteur continuait de gérer la tutelle ; DuParc Poullain, dans ses *principes*, t. 1, p. 341, atteste le même usage pour la Bretagne.)

---

* 4 *Pandectes Françaises. p.* 566. } Le tuteur est responsable à compter du jour même que la tutelle lui a été déférée, quand même il aurait réclamé contre sa nomination, parce que, suivant la disposition du Code, il doit administrer provisoirement ; ce qui est contraire aux lois romaines, mais conforme aux anciennes Ordonnances du royaume (Ord. du mois de Mars 1498, art. 80, rapportée par Néron, tôm. 1).

Cela a été ainsi jugé au parlement de Paris, le lundi 14 juin 1745, par un arrêt rapporté par M. Boucher d'Argis, dans ses notes sur Argou. Il plaidait dans la cause.

---

* 2 *Boileux, p.* 391. } Du reste n'hésitons pas à décider que le tribunal pourrait, si l'intérêt du mineur l'exigeait, ordonner l'exécution provisoire de la délibération. (Arg. de l'art. 135, 6° Proc).

Il nous semble résulter des articles 448 et 449 C. Civ. et 883 Pr. combinés, que les membres dissidents peuvent, lorsque l'exclusion ou la destitution n'a pas été prononcée à l'unanimité, actionner la subrogé-tuteur pour faire déclarer le tuteur maintenu dans la tutelle. Peut-être devrait-on aller jusqu'à dire qu'ils jouiraient de ce droit, quand même le tuteur aurait adhéré à la délibération, s'il arrivait que cette adhésion eût été arrachée par surprise. L'intérêt du mineur peut exiger, en effet, que le tuteur soit maintenu. (Valette sur Proudhon, p. 350).

* 2 *Valette sur Proudhon, p.* 350, *note a.* } Aux termes de l'article 883 du Code de procédure, que M. Proudhon cite en note, lorsque la délibération du conseil de famille n'a pas été prise à l'unanimité, les membres dissidents sont le droit de se pourvoir contre cette délibération. Il pourraient donc obtenir du tribunal le maintien du tuteur, lors même que celui-ci aurait adhéré à la destitution prononcée contre lui.

La réclamation formée par le tuteur ou par les membres dissidents du conseil a, en général, un effet suspensif, et le tuteur conserve l'administration pendant le cours de l'instauce. Cependant il en devrait être autrement, si le conseil de famille avait ordonné l'exécution provisoire de sa décision.

---

* 7 *Demolombe, N°* 507. } Le conseil de famille a d'autant plus de droit d'être éclairé sur ce point (savoir si le tuteur adhère à la résolution du conseil de famille) que la question de savoir si le nouveau tuteur doit ou ne doit pas entrer en fonctions sur-le-champ, y est subordonnée.

[ARTICLE 289.]

Il est vrai qu'en droit romain, l'administration de la tutelle était interdite au tuteur, par le fait même de la demande en destitution. (§ 7 INST., *de suspect. tut.* ; *l.* 14, § 1, *in fin. ff.*, *de solut*).

Mais déjà dans notre ancien droit, on n'était pas bien sûr que ce principe dût être admis (Comp. Voët, *ad Pandect. tit. de susp. tut.* no. 7; Meslé, ch. 10, no. 28; Bourjon, t. 1, p. 70, no. 197).

Et aujourd'hui il nous parait certain que la délibération même du conseil de famille n'a pas pour effet de suspendre le tuteur de son droit d'administration, s'il n'y adhère pas. Le premier alinéa de l'art. 448 n'autorise en effet le nouveau tuteur à entrer *aussitôt en fonction*, que lorsque le tuteur adhère à la délibération (Comp. Bruxelles, 12 Nov. 1830, Jeannet, Sirey, 1831, II, 58 ; Cass., 14 Juin 1842, d'Arguesse, Dev., 1842, 1, 742).

Toutefois, s'il y avait lieu, si l'intérêt du mineur l'exigeait, le subrogé-tuteur pourrait demander au tribunal l'exécution provisoire de la délibération. (Art. 135, 6o procéd.)

---

* 1 *Malleville*, *p.* 401. } Le Code ne s'explique pas sur une question qui se présente souvent dans cette matière, savoir s'il faut laisser l'administration au tuteur déclaré suspect par le conseil de famille. La marche que cette section prescrit est assez expéditive, pour que cette omission ne soit pas de grande conséquence. Cependant, comme le tuteur peut appeler du jugement de première instance, qui l'écartera de la tutelle, il faut savoir que suivant la loi 7, *Code de susp. tut.* et le § 7 *Inst. eod :* dès que le tuteur est dénoncé, l'administration lui est interdite. *Faber*, dans son code, lib. 5, tit. 26, *def.* 2, est aussi de cet avis, pourvu cependant qu'il y ait contre le tuteur des soupçons fondés, ce qui laisse la question à l'arbitrage des Juges.

SECTION V.

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR.

290. Le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes civils.

SECTION V.

OF THE ADMINISTRATION OF TUTORS.

290. A tutor has the care of the person of his pupil, and represents him in all civil acts.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *art.* 3, § 1. } La loi donne au tuteur un pouvoir sur la personne, et sur les biens du mineur qui est sous sa tutelle.

La puissance du tuteur sur la personne de son mineur est semblable à la puissance paternelle, qui a lieu en pays coutumier ; car un tuteur tient lieu de père à son mineur. Un tuteur a donc le droit de s'en faire obéir, et de l'obliger à lui être soumis comme un enfant doit l'être à son père. Il peut le retirer chez lui, ou l'envoyer dans des collèges, ou tels autres lieux où il jugera à propos pour son éducation.

Il a droit d'exercer sur son mineur une correction modérée ; il ne peut pourtant pas le faire, de sa seule autorité, enfermer dans une maison de force, comme le peut un père. Mais, si son mineur mérite d'y être enfermé, il doit convoquer la famille ; et sur l'avis des parens, le juge rendra son ordonnance pour autoriser le tuteur à faire enfermer son mineur.

C'est aussi en conséquence du pouvoir que le tuteur a sur la personne de son mineur, que le mineur ne peut rien aliéner, contracter, ni s'obliger, sans y être autorisé par son tuteur. Par cette même raison, les mineurs ne doivent point contracter mariage sans le consentement de leur tuteur. Les mariages qu'ils contracteraient sans ce consentement, seraient présumés contractés dans des vues de séduction et de rapt, et seraient, comme tels, déclarés abusifs et nuls sur l'appel de la célébration qui en serait interjetté.

La loi n'a pas meme laissé à la discrétion du tuteur seul l'établissement par mariage des mineurs. L'ordonnance de Blois, art. 43, défend aux tuteurs de consentir au mariage de leurs mineurs, sans l'avis et consentement des plus proches parens, à peine de punition exemplaire.

Voy. aussi *Pothier*, *Des personnes*, sous les articles suivants.

---

* *Pothier*, *Droit de propriété*, *No.* 7. } Les défauts dans la personne du propriétaire, sont l'âge de *minorité*, la démence, l'interdiction, la sujétion d'une femme mariée à la puissance de son mari.

On distingue dans le droit de propriété, de même que dans tous les autres droits, le fond du droit et l'exercice du droit.

Un mineur propriétaire a bien le fonds de tous les droits que son droit de propriétaire renferme, mais il n'en a pas l'exercice, jusqu'à ce qu'il soit devenu *usant de ses droits* par la majorité, ou d'une partie de ses droits par le mariage, ou par des lettres de bénéfice d'âge.

En attendant, c'est le tuteur de ce mineur qui a l'exercice des droits renfermés dons le droit de propriété des choses qui appartiennent au mineur ; en conséquence, c'est lui qui a le droit de percevoir les fruits des héritages de ce mineur, pour les employer au profit de ce mineur ; c'est lui qui a le droit de vendre les meubles du mineur, pour les employer au profit du mineur, soit au paiement de ses dettes, soit en achat d'héritages ou rentes ; c'est lui qui a le droit de donner à bail ou à loyer les héritages du mineur ; mais il n'a pas le droit de les vendre, si ce n'est pour de justes cause, en vertu du décret du juge, et en observant les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs. La raison est que le tuteur n'a cet exercice des droits que renferme la propriété des biens de son mineur, que pour l'avantage et l'intérêt de son mineur et qu'il n'a pas l'exercice de ceux qui y seraient contraires. Tout ce que nous venons de dire du

propriétaire mineur s'applique pareillement au propriétaire en démence, ou interdit pour prodigalité.

Id. No. 262. } De même que la volonté des personnes qui sont sous puissance de tuteur et de curateur est suppléée par celles de leurs tuteurs et curateurs pour acquérir le domaine de propriété des choses que leurs tuteurs et curateurs, en leur dite qualité, acquièrent pour elles, et qu'elles sont censées avoir eu la volonté d'acquérir le domaine de propriété des choses qu'ils ont acquises pour elles, pareillement la volonté de ces personnes est suppléée par celles de leurs tuteurs et curateurs, à l'égard des choses qui leur appartiennent, que leurs tuteurs et curateurs aliènent en la dite qualité de tuteurs et de curateurs sans excéder les bornes de leur administration; et elles sont censées avoir par leur volonté, suppléée par celle de leurs tuteurs et curateurs, perdu le domaine de propriété qu'elles avaient des choses que leurs tuteurs et curateurs ont ainsi aliénées.

---

* *Pothier, Coutumes, tit.* 9. *No.* 15. } Le droit de tutelle, soit dative soit légitime, étant comme nous l'avons dit, le droit de gouverner la personne des mineurs et d'administrer leurs biens, un tuteur tient lieu de père à ses mineurs orphelins; ils doivent être dans la même dépendance de lui que s'il était leur père ; ils ne peuvent contracter mariage sans son consentement, le tuteur a droit de disposer, comme il le juge à propos, de tout ce qui concerne leur éducation; il peut les placer en tel collège, pension, lieu d'exercice que bon lui semble.

Le tuteur a néanmoins cela de moins que le père, que le gouvernement qu'il a des personnes de ses mineurs est, dans les choses de grande importance, soumis à l'inspection de la famille à laquelle n'est pas soumise la puissance du père : c'est pour cette raison qu'un tuteur ne peut établir par mariage ses mineurs sans un avis de leurs parens, convoqués à cet effet devant le Juge ordinaire, *Ord. de Blois*,

art. 43. Par la même raison, il ne peut, pour cause de déréglement, faire enfermer son mineur dans une maison de force, sans y être autorisé par le décret du juge, sur avis de parens; il n'est réservé qu'au père seul de pouvoir le faire de sa seule autorité.

---

* *Denisart (ancien), vo. tutelle, no.* 61 *et suiv.* } Le tuteur est responsable non seulement de ce qu'il a ou géré ou mal géré, mais encore de ce qu'il a manqué de gérer.

[62.] Le tuteur ne peut rien faire dépenser au mineur au-delà de ses revenus pour son entretien et son éducation: au contraire, si le mineur a des revenus plus que suffisans, ils doivent être économisés et employés utilement au profit du mineur, soit en acquisition d'héritages, soit en rentes. Voy. l'acte de notoriété du Châtelet du 21 mars 1699.

[63.] Le tuteur doit prendre le même soin des affaires du mineur, que des siennes propres, et il est responsable du dol et des fautes contraires à ce soin; en un mot, les tuteurs peuvent tout pour leurs pupilles et rien contre eux.

L'autorité du tuteur met à couvert le créancier. *Neque enim malè contrahitur cum tutoribus. Lege Illud, in fine ff. de evict.*

[64.] Si les immeubles du mineur sont vendus, soit par décret forcé (après la discussion des meubles suivant l'usage) soit en conséquence d'avis de parens, par nécessité, et après les publications ordinaires, le tuteur ne peut les acheter directement ou indirectement par personnes interposées.

Voy. *Lahaie*, cité sous le § 3 du présent article.

---

* 1 *Argou, liv.* 1, *ch.* 8, *p.* 124. } Les enfants jusques à un certain âge ne sont pas capables de se conduire ni d'avoir l'administration de leur bien; c'est pourquoi on a jugé à propos de leur donner des tuteurs, qui ont le soin de leur personne et de leur bien: ils sont nommés tuteurs, homme qui dirait défenseurs, *tutores à tuendo.*

Tant que le père et la mère sont vivants, on leur laisse ordinairement la conduite de leurs enfants, sans leur donner de tuteur, à moins qu'il n'y ait une cause nécessaire d'en user autrement; par exemple, si le père était en démence, ou qu'il eût des droits à démêler avec ses enfants.

---

290 § 2. Il administre les biens en bon père de famille, et répond des dommages-intérêts qui peuvent résulter d'une mauvaise gestion.

290 § 2. He is bound to manage his property like a prudent administrator, and is liable for the damages which may result from bad management.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *art.* 4. } Le tuteur doit avoir soin d'entretenir en bon état les héritages du mineur, et doit faire à cet égard, tout ce que ferait un bon père de famille.

Si lors de l'ouverture de la tutelle, il y a de grosses réparations à faire, ou qu'il en survienne depuis, pour lesquelles le revenu du mineur ne soit pas suffisant, le tuteur, qui n'a d'ailleurs aucuns deniers du mineur entre les mains, peut se faire autoriser par le Juge, sur un avis de parents, à prendre de l'argent à constitution, au nom du mineur, pour les faire. A l'égard des réparations de simple entretien, elles doivent se prendre sur les revenus.

Le tuteur doit plutôt affermer les héritages du mineur, que de les exploiter par lui-même : le compte de l'exploitation qu'il ferait par lui-même serait d'une trop longue discussion. Régulièrement les baux doivent s'en faire en justice, après des proclamations au plus offrant et dernier enchérisseur. Néanmoins, comme ces baux entraînent des frais assez considérables, on approuve ceux faits par le tuteur, lorsqu'ils ne sont point suspects, c'est-à-dire, faits sur le même pied, ou à une meilleure condition que les anciens.

[ARTICLE 290, § II.]

Enfin le tuteur doit faire tout ce qui est nécessaire pour la conservation des droits et intérêts de son mineur, à peine d'en répondre ; comme d'interrompre les prescriptions pour la conservation des hypothèques et autres droits de son mineur. Il doit aussi former en justice les demandes qu'il est de l'intérêt de son mineur de former, et défendre à celles qu'on donne mal à propos contre lui : mais il doit s'instruire au préalable du droit du mineur, en prenant des consultations d'avocat ; et pour plus grande précaution, il peut encore se faire autoriser par un avis de parens, convoqués à cet effet devant le Juge, à soutenir le procès. Il doit surtout avoir recours à cet avis de parens, pour appeler, lorsqu'il a succombé en première instance.

Les obligations du tuteur n'ont pas seulement pour objet l'administration des biens du mineur. Le tuteur est obligé de pourvoir à tout ce qui est nécessaire pour les aliments du mineur, et pour lui donner une éducation convenable à sa naissance, à ses facultés et à ses dispositions naturelles. Le tuteur ne peut employer pour cela que les revenus, quelques modiques qu'ils soient : il ne peut aliéner les fonds.

Il est d'usage, à l'égard des mineurs de la campagne, dont le revenu n'est pas suffisant pour les alimens, que le tuteur les loue pour un certain temps à quelques personnes qui s'obligent de leur donner tous les alimens nécessaires, tant en santé qu'en maladie, pendant le temps convenu, pour le revenu de leurs biens, et de leur fournir des habillemens de la qualité convenue ; à la charge que ces mineurs rendront, pendant le dit temps, tous les services dont ils seront capables. Par ce marché, celui qui se charge du mineur, se trouve dédommagé des alimens qu'il lui fournit pendant qu'il n'est pas encore en état de lui rendre service, par ceux qu'il lui rend, lorsqu'il est devenu en âge, et en état de lui en rendre.

[ARTICLE 290, § II.]

Quoique le tuteur ne puisse entamer les fonds du mineur pour ses alimens et son éducation, il peut néanmoins le faire pour former son établissement. Ainsi, dans les familles d'artisans, un tuteur peut être autorisé par le Juge, sur un avis de parens, à prendre sur les fonds du mineur de quoi lui faire apprendre un métier, ou le faire recevoir maître.

Dans une famille noble, ou de gens vivans noblement, le tuteur peut, lorsque les revenus du mineur ne sont pas suffisans, être autorisé à prendre sur les fonds de quoi le mettre en équipage, et lui obtenir un emploi militaire. Les frais de degré et principalement de doctorat, peuvent aussi être considérés comme servant à l'établissement d'un mineur.

Lorsque les revenus d'un mineur sont plus considérables, le tuteur fait assez ordinairement régler par le Juge, sur l'avis de sa famille, la somme qu'il pourra employer par an pour les alimens et l'éducation du mineur. Cette somme se règle différemment, à mesure que le mineur avance en âge. Quoique le tuteur n'ait pas pris cette précaution, on ne laisse pas de lui allouer les sommes qu'il a employées, lorsqu'elles ne sont pas exorbitantes.

Il est surtout du devoir d'un tuteur, lorsque le mineur est en âge, de lui conseiller de prendre un état, celui qui lui conviendra davantage, eu égard à sa naissance, à ses facultés et plus encore à ses talents et à ses dispositions. Le tuteur doit sur cela consulter la famille du mineur : il lui est surtout enjoint de la consulter, lorsqu'il s'agit de marier ce mineur, comme nous l'avons déjà vu. Telles sont les obligations du tuteur durant la tutelle. Après la tutelle finie, il est obligé de rendre compte.

---

* Voy. *Denisart*, cité sous le § précédent.

Voy. *Lahaye* cité sous le § 3 du présent article.

[ARTICLE 290, § III.]

290 § 3. Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, ni accepter la cession d'aucun droit ou d'aucune créance contre son pupille.	290 § 3. He can neither buy the property of his pupil, nor take it on lease nor accept the transfer of any right or any debt against his pupil.

---

* Voy. *Pothier*, *Des personnes*, cité sous l'article 290, § 2.

* Voy. *Meslé*, cité sous l'article 282, § 4.

* Voy. *Denisart*, cité sous l'article 290, § 1.

---

* *Novel. collat.* 6, *tit.* 1, *novel.* 72, *c.* 5. } Ut curatores nullo modo cessiones suscipiant adversus minores. —Quod si quis (sicuti dictum est) factus curator, deinde minoris res fuerit perscrutatus, et cessiones in semetipso, aut per donationem, aut per venditionem, aut alio quolibet egerit modo : sciat omnino infirmum esse quod ab eo fuerit factum : et neque per se, neque per interpositam personam tale aliquid agi : sed undique invalida hæc talia fieri, tanquam si neque ab initio facta fuerint. Manifestum est namque, quia si in talem cogitationem inciderit, omnia agi et disponi ad interitum suæ animæ, et ad rerum, quæ ejus quasi videntur, utilitatem.

§ 1. Et non solum donec fuerit curator, prohibemus eum ab hujus modi cessione; sed neque postea gerere concedimus : ne forsan hoc considerans, abscondat rem, et præordinans illud malè, post modum dum a cura cessaverit, et latere fecerit quod malignè egerit, fortè jam nunc non curator existens cessionem accipiat, et rem malignè disponat. Tunc enim infirmum esse volumus quod agitur, et non posse ullam actionem valere cessam adversus eum, cujus prius curam administraverat : sed pro non facto id esse, et lucrum fieri adolescenti : licèt hæc cessio pro veris causis facta sit : non ut remeet rursus ad eum qui cessit, tanquam si nihil

quasi in medium contra legem virum fuerit actum : sed cadat ab eis, quæ ex hoc sunt quæsita propter transgressionem nostræ legis, et hæc minorem lucrari. Nam si non hanc imposuerimus pœnam : facilia erunt ea quæ sunt malignitatis, et eum qui cessit, faciet iterum movere : et per medium ea quæ sunt cessionis, recipiet, legem per suam malignitatem circumveniens. Et hæc dicimus in omni curatore, in quibus omnino curas aliquorum introducunt leges, prodigorum fortè, aut furisorum, aut amentium, aut si quid aliud jam lex dixit, aut si quid inopinabile natura adinvenerit.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit. 4, art. 91.* } Les baux des héritages des mineurs seront faits en justice, ou par des actes privés, selon que les tuteurs jugeront à propos, pour l'utilité des mineurs, et au cas que les baux soient pris par les tuteurs, en leurs noms, ou sous le nom de leurs domestiques, père et mère, frères et sœurs, et autres personnes dont ils soient héritiers présomptifs, ils tiendront compte au mineur du double de la valeur juste du revenu deshéritages, au dire d'experts, sans préjudice aux tuteurs de faire valoir par leurs mains les héritages des mineurs, lorsqu'ils n'auront pu trouver de fermiers.

Art. 96. Les tuteurs, même les pères et mères, ne prendront en leurs noms, ni sous le nom de personnes interposées, aucuns transports de droit à recouvrer sur leur mineur : et en cas de contravention, ils demeureront déchus du droit à eux cédé, et les mineurs déchargés, sans payer le prix du transport.

---

* *Louët et Brodeau, Recueil, Let. T, somm. 4.* } Gabriel Seguier, agent de Jean d'Aigremont, et son tuteur, prend cession de la somme de huit cens livres, dûe par le père de son mineur pour le *reliqua* de compte, pour la somme de quatre cens livres seulement : d'Aigremont pré-

tendait ne devoir point cette partie, et que son tuteur en ayant pris cession, en devait être privé, bien qu'il fut coobligé avec le père du mineur en la recepte, pour raison de laquelle la dite somme de huit cens livres était dûe.

D'Aigremont disait que par la disposition de l'authentique *minoris* § *sed et si actionis*, *C. qui dare tut. vel curat.*, le tuteur prenant cession de la dette de son mineur, était privable de la somme au profit du mineur : *etiamsi cessio justis de causis facta sit. Joan. Fab.* sur cette authentique, en rend la raison qu'il a prise de Balde, en son conseil 258, *ne tutores minores minorum instrumenta subtrahant*, étant aisé à un tuteur de mauvaise conscience, saisi des titres et papiers de son mineur de retirer les quittances, se saisir des titres principaux, et trouver des créanciers de son mineur, desquels ils prendront la cession pour peu de chose : qu'en cas moins favorable la cour a réprouvé toutes actions, cessions et transports faits au profit des avocats, procureurs et autres administrateurs, concernant le bien de ceux qu'ils ont pris en leur possession et défense ; qu'il y va du bien public, que le tuteur prenant telle cession : ou c'est pour profiter au préjudice de son mineur, et il ne doit point craindre d'accorder, *nomine tutoris*, *non proprio*, qu'en tout événement ce que le tuteur fait *pendente administratione in bonis minoris*, sera présumé en qualité de tuteur, *maximè cùm de bonis minorum agitur*, C. 2, *quando ex facto tutorum ff.*

Séguier disait au contraire : que la qualité d'agent avec celle de tuteur, jointes ensemble, ôtaient toute sinistre suspicion, que la rigueur de l'authentique *minoris* n'avait jamais été gardée au Palais, *ubi non est delictum*, *ibi cessat pœna*, *quæ delicto debet eommensurari ;* que les mineurs n'avaient aucun intérêt ou que leur tuteur ou étranger fussent leurs créanciers, que la dette légitimement créée se devait acquitter soit à l'un soit à l'autre ; que le particulier de cette cause la rendait hors des termes de l'authentique *minoris*. Séguier

avait intérêt d'acquitter cette dette, car il était coobligé avec le père d'Aigremont, *negotium proprium, non minoris gesserat.*

Par arrêt, la dette de huit cents livres fut réduite à quatre cents livres, pour laquelle elle avait été cédée, et bien qu'il y eut vingt ans que le commandement de payer eut été fait : néanmoins il n'y a eu aucuns intérêts adjugés : Monsieur de Grieu, rapporteur, en la 5e chambre des enq. du 22 avril 1595, à l'extraordinaire.

---

* 9 *Cochin, Remarques, vo. tuteur, p.* 349. (*Ed.* 1798) } Ne peut accepter un transport sur son mineur, même après la tutelle finie. *Nov.* 72, *ch.* 5. En conséquence, s'il y a eu une remise faite par le cédant, ce bon marché tourne au profit du mineur.

Lahaie, sur art. .450. *C. N.*, } *Domat*, lois civiles, liv. 2, tit. 1, sec. 3, n. 14. Le tuteur ne peut se rendre acheteur des biens de son mineur, ni en son nom, ni par personnes interposées : car outre qu'il ne peut être vendeur et acheteur de la même chose, il pourrait aisément frauder et avoir à vil prix ce qu'il ferait vendre.

Procès-verbal du conseil d'état, 21 oct. 1802—Sur les observations de Malleville, Bigot-Préameneu et Tronchet, Jolivet propose de ne pas rendre les nominateurs responsables de la gestion du tuteur. Le mineur trouve une garantie suffisante de leur choix dans l'intérêt qu'ils ont de ne pas exposer à la dilapidation une succession que peut-être ils recueilleront un jour. D'ailleurs, il ne convient pas de rendre la fortune de plusieurs citoyens incertaine, dans la vue d'assurer celle d'un seul.

Le Roy, discours au corps législatif, 26 Mars 1803—La bonne composition du conseil de famille nous a paru justifier assez le silence que garde le projet sur les cautions à demander au tuteur, ainsi que l'exigeaient dans certains cas, les lois romai-

nes. La tutelle est un fardeau : il était devenu sans motif d'en augmenter le poids. L'usage qui voulait que les parens nominateurs fussent tenus de la mauvaise administration des tuteurs, n'était pas moins déraisonnable : la famille a rempli son devoir quand elle a fait son choix avec toutes les précautions de la bonne foi, avec tous les soins de la tendresse.

Delvincourt, t. 1, note 2 de la page 123. Dans tous les actes civils, *excepté le mariage.*

Note 6 de la page 125.--*Quid*, si néanmoins il a accepté pareille cession ? Chez les Romains tout était anéanti, la cession et l'obligation cédée, et le pupille était libéré. Je pense qu'il en doit être de même chez nous. C'était l'avis de M. de Lamoignon.

Rolland de Villargues, vo. tutelle, no. 147.—De ce que le tuteur doit prendre soin de la personne du mineur, il ne s'ensuit pas néanmoins que son entretien et son éducation soit entièrement à l'arbitraire du tuteur.

Proudhon, *t.* 2, *p.* 209. *Aux besoins du mineur.*—Ce qui comprend ses alimens, son vêtement, logement, frais de maladie, les salaires des maîtres et des domestiques, et toutes les dépenses nécessaires pour lui donner une éducation convenable, suivant ses facultés et dans la mesure prescrite par le conseil de famille.

Régulièrement parlant, la mère du pupille doit être chargée des soins de son éducation domestique, surtout dans les années de l'enfance, lorsque le père n'existe plus, quand même elle ne serait pas chargée de la tutelle : elle est en droit de l'exiger ainsi, à moins que des circonstances graves ne déterminent le tribunal à en ordonner autrement, sur l'avis des parens, qui doivent toujours être consultés dans les cas de cette espèce. (Arg. de l'art. 302).

Toullier, t. 2, no. 1184. Si l'on ne trouve aucune disposition particulière sur l'éducation du mineur, dans le cas de la tutelle ordinaire, il ne faut pas conclure que le tuteur soit en droit

de la diriger suivant sa volonté seule et contre le gré des parens, mais seulement que le Code abandonne ce soin important à la prudence du conseil de famille, qui a droit de délibérer sur le lieu où le pupille doit être élevé, et sur l'éducation qu'il convient de lui donner. Sans cela, il ne pourrait régler la somme à laquelle doit s'élever la dépense annuelle du mineur.

Victor Augier, Encyclopédie des juges de paix, tutelle, sec. 8, no. 2.—Il répondra, &c. Cette responsabilité ne peut s'étendre à toute espèce de fautes, car il est de principe que lorsqu'un mandat est entièrement en faveur de l'une des parties, l'autre ne doit pas être traitée avec la même sévérité que si elle y trouvait quelque avantage. Or la tutelle est toute dans l'intérêt du mineur. En pareil cas, l'appréciation du fait et des dommages est abandonnée à la conscience du juge. (C. de Pr. civ., art. 132).

Sec. 7, no. 1, et § 1, no. 2.—Mais le tuteur n'est pas tenu de nourrir le mineur à ses dépens, à moins qu'il ne soit dans la classe des personnes qui doivent des alimens. Lors donc que le pupille est dans l'indigence, le tuteur peut ou le mettre en service, ou le placer soit en apprentissage chez un maître qui se chargerait de sa nourriture et de son entretien, moyennant certaines conditions, soit même dans un hospice. Il serait convenable néanmoins, dans ce dernier cas surtout, de prendre préalablement l'avis du conseil de famille (Dalloz, tutelle, ch. 2, sec. 9. art. 1, no. 6).

La tutelle ne détruit pas la puissance paternelle. Ainsi les père et mère, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs, pour un motif quelconque autre que leur inconduite, ont le droit d'avoir leurs enfants auprès d'eux et de diriger leur éducation. (Arg. des arts. 372, 374 du Code Civil).

Quand le mineur est sans père ni mère, le conseil de famille est-il autorisé à régler le mode d'éducation qu'il faut suivre pour lui, et à déterminer le lieu où il doit être placé ?

Non : d'après un arrêt de Turin, du 9 décembre 1808. *Oui:* Toullier, Duranton, Delvincourt, Favard, etc.

A. Dalloz, tutelle, n. 480.—La disposition qui défend au tuteur de se rendre cessionnaire d'aucun droit ou créance contre son pupille, s'appique même aux cas énoncés à l'art. 1701 du Code Civil.

Les arts. 1429 et 1430 s'appliquent à l'administration du tuteur (Toullier, t. 2, n. 1206 ; Delahaye, sur les tutelles, p. 585)

Le conseil de famille peut, bien que le tuteur n'ait encouru par aucun fait répréhensible la destitution, demander à la justice que l'éducation du pupille soit, dans son intérêt, confiée à une autre personne. (Sirez, t. 15, 1ère part., p. 321).

Cependant en ce qui concerne le père et la mère, voir Sirez, t. 11, 2e part., p. 211.

---

* *C. N.*, 450. } Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils.

Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Il ne peut ni acheter les biens du mineur ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé-tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

---

* *C. L.*, 317. } Semblable à l'art. 290, C. C. B. C.

---

291. Dès que sa nomination lui est connue, et avant que de s'immiscer, le tuteur doit prêter serment de bien et fidèlement administrer la tutelle.	291. A tutor as soon as his appointment is known to him, and before acting under it, must make oath to well and truly administer the tutorship.

[ARTICLE 291.]

* *Novel. Collat.* 6, *tit.* 1, *novell.* 72, *c.* 8. } Si verò tantum solummodò sit minoris aurum, cujus usuræ vix eum et qui ejus sunt pascere, et aliquam aliam ei prœbere vitæ dispensationem sufficiant : tunc necessitatis ratis nos etiam ad hoc vocat, ut curatores respicientes ad Deum, ita faaciant gubernationem tanquam in suis rebus. Etenim volumus dum celebratur decretum quod tradit curam ei qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere sacrosancta Dei evangelia tangentem : quia per omnem perjens vitam, utilitatem adolescentis aget, quod tamen non excipiet eum a ratiociniis, neque a legis ordine, sed cautionem faciet ad rerum gubernationem, timentem semper circa eas, propter jusjurandi memociam factam. Hæc lex a nobis pro cautela sit posita horum qui curatoribus indigent. Si quid vero et aliud adinvenerimus, neque hoc lege complecti pigebit : ut per omnia patres eorum, qui sibi auxiliari nequeunt, existamus.

———

* *C. Lib.* 1, *tit.* 4, *De Episc. aud. l.* 27 } De creationibus curatorum qui furiosis utriusque sexus dantur, necessarium nobis visum est constituere quemadmodum eas celebrari oporteat. Et si quidem pater curatorem furioso, vel furiosæ in ultimo elogio, hœredibus institutis vel exhœreditatis dederit, ubi et fidejussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro ejus satisdatione sufficiente ipse qui datus est ad curationem perveniat : ita tamen, ut in provinciis apûd præsides earum, præsente eis tam viro religiosissimo locorum antistite, quàm tribus primatibus, actis intervenientibus, tactis sacrosanctis scripturis, depromat omnia se rectè, et cum utilitate furiosi gerere, neque prætermittere quæ utilia esse furioso putaverit, neque admittere ea quæ non utilia furioso esse existimaverit. Et inventorio cum omni subtilitate publicè conscripto, res suscipiat, et secundum sui opinionem disponat sub hypotheca rerum ad eum pertinentium, ad similitudinem tutorum et curatorum adluti......

———

[ARTICLE 291.]

* 1 *Argou, liv.* 1, *ch.* 8, *p.* 134. } Le tuteur est obligé à deux choses avant que de s'immiscer dans l'administration des biens du mineur ; la première, est de prêter serment de bien et fidèlement administrer la tutelle ; le subrogé tuteur est aussi obligé de faire un pareil serment. La seconde chose à quoi le tuteur est obligé, c'est de faire faire un bon et loyal inventaire, pour connaître les effets du mineur, et pour la conservation de ses titres : on ne doit pas se contenter de faire inventorier les meubles, mais il les faut faire priser par des gens connaissans ; et si le tuteur avait manqué à faire faire un inventaire, comme il serait en faute, on permet au mineur de faire informer, joint la commune renommée, c'est-à dire, qu'il pourra faire entendre des témoins, qui déposeront, que, suivant le bruit commun, le père ou les autres parens auxquels le mineur a succédé, avaient une telle quantité de biens, et sur l'information, le Juge peut déférer le serment au mineur, jusqu'à une certaine quantité

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *art.* 57. } La tutelle demeurer aux périls et fortunes du tuteur, du jour qu'il sera nommé, encore qu'il n'ait point fait le serment, si la nomination a été faite en sa présence, sinon du jour qu'elle lui aura été signifiée.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 1, *art.* 4, *p.* 618. } Le tuteur, aussitôt qu'il a été nommé, doit promettre devant le Juge qui l'a nommé, qu'il s'acquittera fidèlement de la tutelle. Il peut être assigné, à la requête du ministère public, pour rendre ce serment, et y être contraint par saisies de ses biens.

---

* *Pothier, Coutumes, tit.* 9, *n.* 13. } Celui qui est élu tuteur doit aussitôt, s'il est présent, prêter le serment de fidèlement gérer la tutelle. S'il est absent, celui sur la poursuite de qui s'est faite l'élection, l'assigne pour être condamné à accepter la tutelle et à prêter le serment.

[ARTICLE 291.]

* *Papon, liv.* 15, *tit.* 5, *art.* 4. } Aujourd'huy par l'Ordonnance royale, et observance de ce royaume, est suyvie la disposition de droict, par lequel tuteurs ou curateurs decernez par sentence, dont ils sont appelans, doivent administrer, et sont chargez de la tutelle nonobstant leur appel, *l. Scire oportet, ff. de exc. tut.* Et ne sont recevables appelans, que premier l'exécution de la sentence ne soit faicte, ainsi que dit *Bald. in rubr. de offic. indic.* Là-dessus y a eu doubte si telle disposition doit estre practiquée de sentences coutumacielles: et sur ce l'ô a tenu, qu'ouy si la contumace de l'appelant est vraye coutumace, et si frauduleusement il s'est absenté : car il doit en ces deux cas estre réputé pour présent et consentant, *l. properandum* § 1, *C. de Jud.* L'ordonnâce Royale y est du feu Roy François entre les publiées en l'an 1539. Mais si la contumace n'est vraye contumace, et que l'on n'y trouve dol évident, telle sentence ne sera exécutoire nonobstant l'appel. Ainsi fut jugé par arrest de Paris du 27 Avril 1534. Et là-dessus est notable qu'un défaillant et absent peut être déclaré tuteur, et par juge même chargé de la tutelle, avec Ordonnance, qu'il luy sera signifié, et enjoint de venir prester le serment accoutumé : comme est noté sur la loi *penult. C. de peric. tut.* et sur la loy, *quinquaginta C. de exc. tut.*

---

* 4 *Pandectes Françaises, p.* 565 } Le tuteur nommé par le conseil de famille doit, avant d'entrer en fonctions, prêter serment de bien et fidèlement gérer la tutelle.

Le Code Civil néanmoins n'exige point ce serment. Il n'en parle même point. Mais tel est l'usage général de France ; et il est conforme aux dispositions du Droit. Nous croyons en conséquence, que cette formalité doit être observée puisqu'elle n'est point abrogée. C'est une sûreté de plus pour le pupille.

---

292. Aussitôt le serment prêté, le tuteur requiert la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fait procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé-tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il doit le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance.

292. As soon as he has taken the oath, the tutor demands the removal of seals, if they have been affixed, and proceeds forthwith to the taking of an inventory of the property of the minor, in presence of the subrogate-tutor.

If any thing be due to him by the minor, the tutor must declare it in the inventory, on pain of forfeiting his claim.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *art.* 4, *p.* 618. } Un tuteur doit commencer son administration par faire un inventaire devant notaire de tous les effets mobiliers du mineur ; de tous les titres et enseignemens de ces biens. Cet inventaire doit contenir estimation par détail de chacun des effets mobiliers......

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *art.* 60. } Après que le tuteur aura été chargé de la tutelle, il sera tenu de faire incontinent un inventaire exact et fidèle, par devant deux notaires, ou un notaire et deux témoins, ou par devant le greffier de la justice, selon l'usage de chacun lieu, des meubles, titres et papiers des mineurs, et le continuer incessamment, à peine de répondre en son propre et privé nom, des dommages et intérêts que les mineurs pourraient souffrir à cause du retardement de l'inventaire, encore que le défunt eût défendu par son testament de faire inventaire, ou qu'il en eût déchargé le tuteur.

[63.] Néanmoins, incontinent après le décès du défunt, au

défaut des parens, sera, à la requête du substitut de notre procureur-général, ou du procureur-fiscal, apposé le scellé par le juge, avec son greffier, sur les coffres, chambres ou autres lieux où sont les biens, qui seront baillés en garde, sans déplacer à une ou deux personnes solvables, jusqu'à ce que l'inventaire soit fait, et sera le scellé reconnu et levé en la manière accoutumée.

[65.] Défendons aux tuteurs de s'immiscer en l'administration des biens, sans avoir préalablement fait inventaire ; et à faute de l'avoir fait, ils tiendront compte du double de la somme à laquelle seront évalués les meubles et effets mobiliers des mineurs, suivant la preuve qui en sera faite joint la commune renommée.

---

* Voy. *Argou*, cité sous l'article précédent.

---

* *Serres, Institut. du droit, Franç. Liv.* 1, *tit.* 20. } Le tuteur, après avoir été nommé, et après avoir prêté le serment devant le juge, doit commencer à faire procéder incessamment d'autorité de Justice à un inventaire, ou description exacte de tous les effets mobiliers, titres et papiers appartenans aux pupilles ou mineurs, (*L.* 24, *Cod. de adm. tut.*) et cet inventaire se fait aux frais et dépens des pupilles ; de sorte que si par dol ou négligence, le tuteur avait manqué de faire faire un inventaire, on pourrait dans la suite déférer contre lui à l'adulte le serment *in litem*, c'est-à-dire, qu'il serait tenu d'indemniser l'adulte sur le serment qu'on déférerait à celui-ci à concurrence d'une certaine somme, joint à ce serment la commune renommée que l'adulte pourrait établir par une enquête concernant la quantité, la qualité et valeur des effets délaissés par le testateur ; c'est ainsi qu'on en use en pareilles occasions, conformément à la *loi* 7, *ff. de adm. tut.*

---

* *Lacombe, vo. tuteur, sec.* 8 *n.* 4. } Avant que d'administrer, ils doivent faire inventaire, *l.* 7 *de adm. et per. tut.* ; *l.* 27, *C. de Espisc. aud.* ; *l.* 24, *C. de adm. tut.* ; *l. ult.* § *un. C. arbitr. tut.* Poit. 306 ; Sens 159, Berr. ch. 1, arts. 42 et 44; Bourb. 182; Auv. ch. 11, art. 7; Mel. 295, Tours, 348, soit tuteurs testamentaires ou autres, *dict. l. ult.* § *un.* ou que le tuteur ait appelé de sa nomination.

Cependant le tuteur peut, avant de faire inventaire, administrer ce qui ne peut être différé, *l.* 7, *de adm. et per. tut.*

---

* *Domat, Liv.* 2, *tit.* 1, *sec.* 3, *n.* 10. } Le premier devoir du tuteur, pour l'administration des biens du mineur, est d'en faire un inventaire par l'autorité de la justice, avant que de s'immiscer dans l'exercice de la tutelle, afin qu'il sache de quoi il est chargé, et qu'il en rende compte quand la tutelle sera finie. Que si avant l'inventaire il arrivait quelque affaire qui ne reçut point de retardement, le tuteur y pourvoira selon le besoin.

---

* 1 *Gin, p.* 322, 323. } La seule différence de notre droit ancien, en cette partie, et du droit nouveau consiste en ce que ni les lois romaines ni la coutume, ne fixaient le délai dans lequel le tuteur était obligé de faire procéder à l'inventaire. S'il négligeait cette précaution, et que le survivant fût commun en biens, il était exposé à l'action en continuation de communauté, dont j'ai donné une idée. Dans les tutelles ordinaires, le tuteur était responsable des pertes que le mineur pouvait avoir faites ; il était exposé à être forcé en recette, lors de la reddition de son compte, comme n'ayant pas porté en actif tout le mobilier du mineur, qui avait droit de requérir une estimation, par commune renommée, toujours périlleuse et incertaine.

Le nouveau code tarit ces sources de procès, en exigeant que l'inventaire soit fait *dans les dix jours qui suivront la*

nomination du tuteur dûment notifié, autorisant le subrogé-tuteur, et tous les membres du conseil de famille, à veiller à l'exécution de la loi, et déclarant le tuteur déchu de toute créance contre son mineur, s'il ne les a pas réclamées dans la clôture de l'inventaire, et qu'il n'en ait pas été dressé procès verbal—*Cod. Civ. n.* 462.

---

* *Novel. Authent. collat.* 6, *tit.* 1, *Nov.* 72, *c.* 4. } *Si tutor* vel curator se debitorem vel creditorem esse ab initio tacuerit, si vero tacuerit in initio hoc, et factus fuerit curator: sciat omni actione adversus minorem, si vera fuerit, se casurum, propter hoc quod ex studio adversus hanc nostram legem firmetur. Sed si quis apertè obligatus existens tacuerit, sciat etiam iste, quia sustinebit pœnam, quod non possit redhibitionibus aut aliis solutionibus debiti se miscere, tempore curationis forsan arte compositis.

---

* *Papon, Liv.* 15, *tit.* 5, *art.* 2. } Créancier d'un mineur ne peut être tuteur : et s'il accepte la tutelle, sans déclaration au Juge, il perd sa debte et le droict qu'il a sur les biens du mineur. C'est le texte, *in authent. minoris debitor. C. qui dari. tut. poss.*

---

* 1 *Freminville, Tutelles, no.* 208. } L'art. 451, C. Civ., impose au tuteur l'obligation de déclarer et de faire consigner dans l'inventaire ce qui peut lui être dû par le mineur, et ce, à peine de déchéance. L'article ajoute que cette déclaration sera faite sur la réquisition de l'officier public, rédacteur de l'inventaire, laquelle réquisition sera constatée dans l'acte.

Cette disposition n'est que la consécration de celle du droit romain, sous l'empire duquel le tuteur ou le curateur qui avait gardé le silence sur la créance qu'il avait contre le mineur, ou sur ce qu'il devait à ce dernier, était privé de

toute action pour se faire payer, ou n'était pas admis à prouver qu'il s'était libéré pendant qu'il administrait la tutelle.

Sous l'ancien droit français, on admettait, quant à la déclaration des créances du tuteur, une exception en faveur du tuteur *testamentaire*. Ainsi que l'attestent Guy-Pape, question 114 ; Ferrerius, sur Guy-Pape, en la même question, et Papon, liv. 15, tit. 5, N° 2, le créancier qui acceptait la tutelle testamentaire sans s'excuser, et sans déclarer qu'il était créancier, ne perdait pas, pour cela, sa créance.

L'art. 451 du Code Civil proclame tout tuteur *déchu de la créance*, qu'il n'a point déclarée, sans qu'il soit permis d'admettre aucune distinction entre les tuteurs testamentaires et les autres tuteurs.

---

* Voy. 4 *Denisart* (*Ancien*), *Vo. tuteur*, *No.* 65, *p.* 772, cité sous l'article 293.

---

* 2 *Bretonnier sur Henrys*, *Quest.* 37, *p.* 312. } *Observations.*—Si le tuteur qui ne déclare pas sa créance la perd. L'Auteur, dans cette question, examine, si l'authentique *minoris*, au Code, *qui dare tut. vel curat. poss.* est observée dans la province à la rigueur. Il établit qu'elle doit être modérée à l'égard des ascendans et des rustiques, qui ne doivent pas perdre leur dû pour n'en avoir pas fait déclaration lors de l'acte de tutelle. Il prouve cette proposition par un raisonnement très-fort et très-judicieux...

Pour l'intelligence de cette question, il faut observer, que Justinien par sa novelle 72, ch. 1, ne veut pas que ceux qui sont créanciers ou débiteurs des pupilles, puissent être leurs tuteurs ou curateurs, de peur que cette qualité ne leur donne lieu de supprimer leurs obligations ou leur quittances. Dans le ch. 4. il veut que celui qui a accepté la tutelle ou la curatelle d'un pupille ou mineur, sans déclarer sa créance ou sa

dette, la perde absolument. Dans le ch. 5, il défend aux tuteurs ou curateurs de prendre aucune cession sur leurs mineurs, à peine de perdre le prix du transport : c'est de cette novelle que l'authentique *minoris* a été tirée.

L'auteur, dans cette question, prétend qu'il faut excepter de cette rigueur les ascendants et les rustiques : néanmoins il fait mention d'un arrêt qui a jugé la question contre un villageois, qui n'avait pas fait déclaration de sa créance, qui était de 130 livres.

Dans la question 129 du liv. 4 du tôme 2, l'auteur distingue entre la peine portée par le ch. 1 de la novelle, et celle déclarée par le ch. 4.

A l'égard de la dernière, qui exclut les créanciers et les débiteurs des tutelles, il dit que comme les tutelles sont datives en France, et dépendent du choix des parens, ils peuvent nommer un créancier, ou un débiteur, pourvu que sa prétention ne regarde pas le fonds de l'hoirie : mais à l'égard de la seconde peine, qui prive les tuteurs et curateurs de leurs dettes, pour n'en avoir pas fait déclaration, il dit que la rigueur de la novelle est suivie aussi bien contre les tuteurs testamentaires, que les autres. Cependant Guy-Pape, quest. 144 et Ferrerius, dans ses notes sur cette question, soutiennent que les tuteurs testamentaires ne sont point sujets à cette peine......... A l'égard des mères, il est certain qu'elles sont dispensées de cette peine, puisque la novelle 94 les en décharge expressément, à cause de l'affection maternelle, cette raison doit faire étendre la dispense à l'aïeule, et à tous les ascendants. M. Maynard, dans l'endroit cité (liv. 8, ch. 13) dit, que son parlement a étendu cela au frère et à l'oncle du pupille.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit. 4. art.* 68. } Dans l'inventaire des meubles, titres et papiers des mineurs, les tuteurs, même les pères et mères, encore qu'ils aient été

nommés par testament, seront tenus de déclarer les sommes dont ils se disent créanciers des mineurs, et à faute de ce faire ils demeureront déchus de leur dû.

---

* 2 *Valette sur Proudhon*, *p.* 357 *et suiv.* } L'obligation de faire procéder à l'inventaire dans les dix jours qui suivent l'entrée en tutelle, incombe même au tuteur légitime, c'est-à-dire au père ou à la mère, et aux autres ascendants......

Une question assez grave, et qu'il faut soigneusement distinguer de l'objet du numéro précédent est celle de savoir si l'époux survivant, marié ou non sous le régime de la communauté, et tuteur légal de ses enfants, doit faire également dans les dix jours l'inventaire de la succession du prédécédé. Pour la négative, on dira qu'avant tout il faut savoir si la succession de l'époux prédécédé sera acceptée pour le compte du mineur, et qu'il ne faut pas s'engager tout d'abord dans les embarras et dans les frais d'un inventaire, qui pourra être fort inutile, si le conseil de famille juge, d'après la notoriété des faits, que la succession est mauvaise et ne doit pas être acceptée (V. art. 461). D'ailleurs, ajoutera-t-on, cette acceptation ne pouvant avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire (même art. 461), il est naturel d'appliquer l'art. 795, lequel n'exige la confection de l'inventaire que *dans les trois mois*, à compter de l'ouverture de la succession. Mais, pour l'affirmative, on répondra que presque toujours le conseil de famille a besoin de l'inventaire, pour se prononcer en connaissance de cause sur l'acceptation ou la renonciation, et que d'ailleurs, à raison de la saisine légale (V. art. 724), les meubles de la succession doivent provisoirement être considérés comme appartenant au mineur. Cette dernière opinion nous semble devoir être préférée. L'inventaire des meubles du prédécédé devra donc être *commencé* dans les dix jours, et continué sans interruption.

[ARTICLE 292.]

La même règle devra être appliquée au cas où une autre succession serait échue au mineur avant l'ouverture de la tutelle.

Si le survivant des père et mère, investi de la tutelle, ne s'est pas conformé à l'article 421 quant à la confection de l'inventaire, on pourra prouver contre lui la consistance des biens par tous les moyens possibles, même *par la commune renommée* (V. art. 1348 et 1353 ; comp. art. 1415 et 1503, 3e. alin.).

Le subrogé-tuteur sera aussi responsable de sa négligence à requérir la confection de l'inventaire (V. art. 1382, 1383 ; comp. art. 1442, 2e alin.).

---

* *Lahaie, sur art. 451, C. N.* } Procès-verbal du conseil d'état, 21 Octobre 1802.—Tronchet dit que la dernière disposition de cet article paraît sans objet, puisque le tuteur ne peut se prétendre créancier sans rapporter le titre de sa créance.

Jolivet répond qu'on doit pourvoir à ce qu'il ne puisse faire revivre sa créance, en supprimant la quittance qu'il a donnée...

Hua *à peine de déchéance.*—La loi ne fait aucune distinction, même à l'égard des créances qui seraient établies par acte public. En effet elles peuvent avoir été soldées, quoique le titre fût resté entre les mains de celui qu'on a choisi pour tuteur...

Merlin, R., inventaire, § 5, n. 1.—Il en est de même dans le cas où, après la nomination du tuteur, il vient à échoir au mineur une succession, soit testamentaire, soit légitime. Le tuteur ne peut pas se dispenser de faire inventorier cette succession.

Victor Augier, Encyclopédie des juges de paix, subrogé-tuteur, § 2, n. 8.—La déchéance prononcée par cet article contre le tuteur qui aurait omis de déclarer dans l'inventaire ce

qui lui est dû par le mineur, est une disposition de droit étroit, qui ne peut être étendue au subrogé-tuteur.

Tutelle, sec. 7, § 2, n. 2.—Toullier prétend que si les scellés n'avaient pas été apposés, le tuteur devrait se hâter de requérir l'apposition mais nous n'en voyons pas la nécessité. Cette mesure tardive ne rétroagirait pas sur les soustractions déjà commises, et ne ferait que retarder avec des frais la confection de l'inventaire.

L'inventaire est de rigueur dans tous les cas, et le testateur même n'a pas le droit d'en dispenser.

Duranton, t. 3, n. 534.—Le tuteur qui s'ingérerait dans la gestion avant d'avoir fait faire inventaire, s'exposerait à être destitué, sans préjudice encore des condamnations qui pourraient être prononcées au profit du mineur.

---

* *C. N.*, 451. } Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellées, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé-tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal.

---

293. Dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur, fait vendre en présence du subrogé tuteur, à l'enchère et après les publications requises dont le procès-verbal de vente fait mention, tous

293. Within the month which follows the closing of the inventory, the tutor causes all the moveable effects, except those which he is allowed or bound to keep in kind, to be sold by public auction, in pre-

[ARTICLE 293.]

les effets mobiliers autres que ceux qu'il a droit ou est tenu de conserver en nature.

sence of the subrogate-tutor, and after due publications, which must be mentioned in the minute of sale.

---

* *Cod. Liv.* 5, *tit.* 37, *De adm. tut., l.* 22. } Lex quæ tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes, cœteraque mobilia preciosa, urbana etiam prædia et mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia quæ intra civitatem sunt, venderent, omniaque ad nummos redigerent, prœter prædia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est. Præcipimus itaque, ut hæc omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere : nisi hâc fortè necessitate et lege, qua rusticum prædium atque mancipium vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dare in præteritum licebat : scilicet per inquisitionem judicis, et probationem causæ, interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit............

Ergo et domus et cætera omnia immobilia in patrimonio minorum permaneant; nullumque ædifici genus, quod integrum hæreditas dabat, collapsum tutoris fraude depereat Sed et si parens, vel ille cujuscunque hæres est minor, reliquerit deformatum ædificium : tutor testificatione operis ipsius, et multorum fide, id reficere cogatur. Ita enim annui reditus plus minoribus conferent, quàm per fraudes pretia deminuta. Servi etiam, qui aliqua sunt arte præditi, operas suas commodo minoris inferant : et reliqui qui in usu minoris domini esse non poterunt, quibusque ars nulla est, partim labore suo, partim alimoniarum taxatione pascantur. Lex enim non solùm contra tutores, sed etiam contra fœminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus, quæ plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. Huic accedit, quôd ipsius pecuniæ (in qua

robur omne patrimonium veteres posuerunt) fœnerandi usus vix diuturnus, vix continuus et stabilis est : quo subsecuto intercidente sæpè pecunia, ad nihilum minorum patrimonia deducuntur. Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti : exceptis iis duntaxat vestibus quæ detritæ usu, seu corruptæ servando servari non potuerint. Animalia quoque supervacua, quamvis minorum, quin veneant non vetamus.

Id., *L.* 24.—Tutores vel curatores mox quàm fuerint ordinati, sub præsentia publicarum personarum inventarium rerum omnium et instrumentorum solemniter facere curabunt. Aurum argentumque, et quicquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocent : ita tamen, ut ex mobilibus aut prædia idonea comparentur ; aut si fortè (ut adsolet) idonea non potuerint inveniri, juxta antiqui juris formam usurarum crescat accessio : quarum exactio ad periculum tutorum pertinet.

---

* *Ord.* 1560. (*Ord. d'Orléans*,) *art.* 102. } Les tuteurs et curateurs des mineurs seront tenus sitôt qu'ils auront fait inventaire des biens appartenant à leurs pupilles, faire vendre par autorité de justice les meubles périssables, et employer en rentes ou héritages, par avis de parents et amis, les deniers qui en proviendront avec ceux qu'ils auront trouvés comptans, à peine de payer en leurs propres noms le profit des dits deniers.

---

* *Serres*, *Inst. au droit Franç.*, *liv.* 1, *tit.* 20. } Après l'inventaire fait, le tuteur doit faire procéder d'autorité de justice, le plutôt qu'il se peut, à la vente des effets et meubles périssables du pupille, suivant l'article 102 de l'Ordonnance d'Orléans, autrement il est responsable de leur perte, et de l'intérêt ou revenu que le prix en aurait pu produire, et ce terme *périssables* doit s'entendre des meubles qui se consu-

ment absolument, comme le blé, le vin et autres de cette espèce, ou de ceux qui paraissent inutiles pour le service ou l'utilité des pupilles.

Pour ce qui regarde les immeubles, lorsque le tuteur a fait ses diligences pour les affermer, il n'en peut être chargé que sur le pied des fruits qu'il en a perçus annuellement, charges distraites.

S'il y a dettes passives du pupille, le tuteur doit les acquitter au moyen des deniers provenus de la vente des meubles et effets périssables, et des deniers comptans qu'il a trouvés dans l'hérédité, mais s'il n'y a pas de dettes, ou que le tuteur ne les acquitte pas, ou qu'après le paiement des dettes il y ait de l'argent de reste, le tuteur est obligé de le placer en rentes ou en achat de fonds au profit du pupille, sçavoir, dans le délai de six mois les sommes capitales qu'il a trouvées dans l'hérédité, lorsque la tutelle lui a été décernée, et dans le délai de deux mois depuis la réception, celle qu'il reçoit durant le cours de son administration : car c'est ainsi que la jurisprudence des arrêts a interpreté les lois qui paraissent en ce point opposées ; autrement le tuteur doit l'intérêt de ces sommes, et est obligé de se charger de cet intérêt dans le compte qu'il doit rendre après la tutelle finie, tout comme s'il avait placé effectivement les dites sommes, sa négligence tenant lieu, pour ainsi dire, de placement. (*Vid. Catellan, liv.* 8, *ch.* 4.)

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *art.* 70. } Et dans les deux mois suivants le tuteur sera tenu de faire vendre publiquement par un sergent, au plus offrant et dernier enchérisseur, les meubles des mineurs, suivant l'usage du lieu où se trouveront les meubles, sinon qu'il y eût juste cause d'en réserver aucuns pour ceux des mineurs qui seront en état d'être mariés, et pour autres considérations, selon l'avis des parents, ou que le père ou la mère des mineurs aient ordon-

mé par leur testament, ou autre acte par écrit, de conserver les meubles en tout ou partie à leurs enfants.

Art. 71.—Ne seront vendus les bestiaux étant dans les fermes et métairies de la campagne, qui se trouveront compris dans les beaux, ou affermés séparément aux fermiers et métayers, ni pareillement les bestiaux baillés à titre de cheptel, lesquels beaux seront continués par les tuteurs.

Art. 72.—Si le défunt exploitait par ses mains une terre ou une ferme, ne seront vendus les bestiaux servants à la culture des héritages, jusqu'à ce que la terre ou ferme soit délaissée à un fermier selon que les parens jugeront à propos.

Art. 73.—Et à l'égard des meubles précieux et des meubles ordinaires étant dans les maisons de campagne, ils seront vendus ou conservés selon l'avis des parens.

Art. 75.—Quant aux meubles étant dans les maisons de la campagne, dont la vente sera jugée raisonnable par les parens, à faute de trouver des enchérisseurs sur le lieu, ils seront portés en la ville prochaine pour être vendus en la manière accoutumée.

---

* 4 *Denisart* (*ancien*), *vo. tuteur*, *No* 65, *p.* 772. } Le tuteur doit faire inventaire des biens de ses pupilles, vendre les meubles qui leur seront inutiles, pour en placer le prix, après avoir payé les dettes, s'il y en a ; et garder les meubles nécessaires à la personne et aux biens du mineur, comme les pressoirs, les cuves pour les vendanges, les bestiaux pour l'exploitation des fermes, &c.

---

* 2 *Bretonnier sur Henrys. Liv.* 4, *quest.* 112. } Comment se doit faire la vente des meubles des mineurs, et comment les tuteurs en sont comptables : Comme la minorité est aussi bien le fléau des familles que des royaumes, aussi faut-il avouer que la condition des mineurs est d'autant plus favorable qu'elle est déplorable. C'est ce qui doit

porter à les traiter favorablement, et à ne pas permettre qu'on les consomme en frais inutiles. Les mineurs en souffrent assez de nécessaires, et qu'on ne peut éviter sans les surcharger d'autres frais. C'est ce que pourtant la plupart des Juges ordinaires font, ou souffrent par leur connivence. Si ce n'est pas une proie pour eux, ce l'est pour leurs greffiers et un tuteur qui doit passer par leurs mains, n'a garde de leur contredire.

C'est chose étrange que bien souvent les frais d'un inventaire en excèdent la valeur ; et que ce qu'il contient ne suffit pas pour la taxe des officiers...

...Ce qui est porté par l'arrêt que nous donnons au public ne s'observe pas à la rigueur, et le tuteur n'ayant pas fait vendre les meubles, il n'encourt point d'autre peine que du parisis de l'estimation des meubles. C'est pourquoi les officiers sont obligés de bien prendre garde à l'estimation qu'on fait, et de choisir des estimateurs experts, et qui soient gens de bien, afin que si le tuteur, ou la veuve, pour obvier aux frais de la vente, retient les meubles, les mineurs n'en reçoivent point de préjudice notable.

Quant à la vente, il est juste que ni le greffier, ni le sergent ou crieur public, ne soient reçus à faire des enchères, ni qu'ils puissent retenir les meubles : mais il est à craindre que ce qu'ils ne peuvent pas faire directement, ils ne le fassent indirectement, et par personnes interposées.

Extrait des régistres des grands jours :—Sur ce que le procureur-général du roi a remontré à la cour ès-grands-jours, que les tuteurs au lieu de faire exposer en vente les meubles des mineurs, les retiennent au prix de l'estimation à vil prix, y ajoutant le parisis, au grand préjudice des dits mineurs, dont la plupart du bien en cette ville, consiste en meubles, suppliant la cour y pourvoir pour leur bien, et ne se puisse faire fraude. La matière mise en délibération, la dite cour, conformément aux Ordonnances et Arrêts, pour la conserva-

tion des droits des mineurs, et à ce qu'il n'y soit fait fraude, a fait et fait inhibitions et défenses aux tuteurs, et à tous autres, de retenir les meubles des dits mineurs pour le prix de la prisée, ni autre que de la vente, que la dite cour ordonne être faite au plus offrant et dernier enchérisseur, les solennités accoutumées gardées. Auxquelles ventes ne seront reçus à enchérir les commissaires-greffiers des inventaires, ni autres qui assisteront aux inventaires et procèderont aux dites ventes : Ce que la dite Cour leur défend ; le tout à peine de nullité de la vente des dits biens meubles, dommages et intérêts. Et sera le dit arrêt publié, &c.

Observations.—Si les tuteurs peuvent retenir les meubles de leurs mineurs suivant la prisée ? Dans cette question l'auteur rapporte un arrêt de règlement fait aux grands jours, tenus à Lyon en 1596, par lequel il est fait défenses aux tuteurs, de retenir les meubles des mineurs pour le prix de la prisée, et à eux enjoint de les faire vendre au plus offrant et dernier enchérisseur avec les solemnités accoutumées, auxquelles ventes ne seront reçus à enchérir les greffiers qui auront assisté à l'inventaire.

Depuis ce temps, la cour a fait plusieurs règlements semblables, mais ils sont mal observés.

---

* *Meslé, ch.* 8, *No.* 8, *p.* 177. } Le tuteur doit faire vendre les meubles. Dans l'ancien droit, les tuteurs devaient faire vendre les maisons de ville et tous les meubles ; il n'y avait que les biens de campagne, et ce qui servait à les faire valoir, que les tuteurs ne pouvaient vendre sans décret du Juge. L'empereur Constantin, par une constitution du 15 Mars 326, laquelle est la L. 2, au C. *de adm. tut.* ôta aux tuteurs et aux curateurs le pouvoir de vendre les maisons de ville, l'argenterie, les habits de prix et tous les meubles précieux ; il leur permit seulement la vente des habits qui ne pouvaient se garder, et des bestiaux superflus.

No. 9.—Si ces articles (Lamoignon, arts. 69 et suiv.) ne font pas loi, ils servent à expliquer, et fournissent des expédients pour exécuter la loi écrite dans *l'art.* 102 *de l'Ord. d'Orléans*, où il est dit: tuteurs et curateurs feront vendre par autorité de justice, incontinent après l'inventaire fait, les meubles périssables de leurs mineurs, et emploieront les deniers et ceux qu'ils auront trouvés comptans, en rente ou héritages par avis de parens, à peine de payer le profit des deniers de leurs propres et privés noms. L'art. 102 de l'Ord. d'Orléans ordonne aux tuteurs et curateurs de faire vendre, par autorité de justice, les meubles périssables de leurs mineurs. Les articles des Arrêtés expliquent, que la vente faite par autorité de justice est celle qui se fait par un sergent. Les articles des Arrêtés expliquent quels sont les meubles qu'il ne faut pas vendre et comment il faut décider par avis de parents des meubles qui doivent être conservés. Faute de vendre les meubles, l'Ord. d'Orléans n'impose point de peine. Les articles des arrêtés veulent que le père ou la mère tuteur qui ne fait pas de vente, paye au mineur, outre le prix porté par l'inventaire, la crüe à raison de cinq sols pour livre et les intérêts, tant de la crüe que du prix, et que si le tuteur est étranger autre que père et mère, l'art. 77 veut que la crüe soit de sept sols dix deniers pour livre.

Boucher d'Argis, De la crue, ch. 1. *n.* 2. } La crüe des meubles dont il s'agit ici, tire son étymologie du verbe *croître.* C'est un supplément de prix, qui dans quelques pays et en certains cas, est dû outre le montant de la prisée des meubles, par ceux qui en doivent rendre la valeur. On écrivait autrefois *creue*, comme on le peut voir dans les anciens auteurs ; à présent on écrit et on prononce crûe.

L'objet de cette sorte de crûe est d'ajouter ce que l'on présume manquer à la prisée pour porter les meubles à leur juste valeur: c'est pourquoi Bacquet en son traité des droits de

Justice, ch. 15, n. 29, dit que la crüe jointe à la prisée fait le *remplissement de l'inventaire.*

Id., *ch.* 7, *N.* 17.—Il n'y a aucun article (de M. Lamoignon), qui règle formellement la quotité de la crûe dont les tuteurs étrangers peuvent être tenus ; on peut seulement induire de l'art. 79, qu'ils ne doivent que cinq sols pour livre, de même que les père et mère, ainsi l'article proposé par M. Auzanet, qui voulait qu'on chargeât le tuteur étranger de sept sols six deniers par livre pour la crûe n'avait pas été adopté dans les arrêtés quoique le contraire soit avancé dans l'édition de 1702 et dans le *traité des minorités* ; cette distinction pouvait cependant être fondée sur ce que les tuteurs étrangers ne méritaient pas d'être traités si favorablement que les père et mère, ils devraient naturellement payer une crûe plus forte ; mais quoiqu'il en soit des motifs qui ont fait rejeter cette distinction, il est certain qu'elle ne fut point reçue et que l'on n'admit qu'une sorte de crûe, dont la quotité fut fixée à cinq sols pour livre.

---

* 1 *Gin*, *p.* 323. } Faire procéder à la vente des meubles, autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature ; *et ce dans le mois de la clôture de l'inventaire*, aux enchères, sur affiches et publications, dont il sera fait mention dans le procès-verbal de vente. (*C. C.*, *art.* 446.)

---

* 4 *Pandectes Françaises, sur arts.* 452, 453, *C. N.* } La source de ces dispositions, au moins quant à la vente, est encore dans les lois romaines (L. 9, ff. de adm. et peric. tut). Cette vente était aussi prescrite par nos anciennes Ordonnances françaises.

Le produit de cette vente, qui doit toujours être faite publiquement, à l'enchère, et après avoir été annoncée par des affiches, doit être employé d'abord à payer les dettes de la

succession ; surtout celles qui produisent des intérêts, et qui sont, en conséquence, les plus onéreuses pour le mineur.

Il suit de là, que s'il est dû au tuteur quelque chose, il doit se payer lui-même, dans le cas où il a fait, à l'inventaire, déclaration de sa créance, et qu'elle n'est point contestée. (L. 9, 5 ff. ff. de adm. et peric. tut.) S'il ne le faisait pas, et que sa créance portât intérêts, il ne serait pas recevable à les réclamer. (L. 9, § 5, ff. de contr. tut. act.)

Lahaye, *sur art.* 452, *C. N.* } *Domat*, lois civiles, liv. 2, tit. 1, sec. 3, n. 11.—L'inventaire des biens étant fait, tous les titres et papiers sont remis au tuteur, afin qu'il prenne soin des affaires, qu'il exige les dettes, qu'il fasse les diligences qui seront à faire en justice pour les procès, et qu'il veille à tout ce que l'intérêt du mineur pourra exiger. Mais, dans les procès, il ne doit ni en faire pour le mineur, ni soutenir ceux qu'on pourrait lui faire, sans l'avis des persnones de qui il doit prendre le conseil ; il doit aussi régler, par ce même conseil, les poursuites contre lss débiteurs du mineur, pour n'en pas faire d'inutiles contre les débiteurs insolvables ; enfin, dans toutes les choses douteuses, c'est par ce conseil qu'il doit se conduire.

Pothier, Traité des personnes, p. 446. — Faute par lui de faire cette vente, il est tenu, par forme de dommages-intérêts envers son mineur, de se charger, dans le compte qu'il rendra à son mineur après la tutelle finie, de la crûe en parisis de la dite prisée, qui est le quart en sus.

P. 447.—Les meubles sujets à cette crûe, faute d'avoir été vendus, sont les meubles meublans, comme les chaises, tables, tapisseries, etc.

Hua.—Il n'est point prescrit de constater l'apposition, d'affiches ou publications, par aucun acte, l'énonciation dans le procès-verbal de vente, de l'accomplissement de cette forma-

lité suffit. Autrement, les frais consommeraient souvent la majeure partie du moiblier.

Rolland de Villargues, v. tutelle. n. 136.—Lorsque l'intérêt même du mineur l'exige, le tuteur peut se dispenser de vendre les meubles dans le mois : par exemple, s'il s'agit du mobilier d'une ferme nécessaire pour la culture.

Duranton, t. 3, n. 549.—Il en doit être ainsi des meubles qui échoient au mineur pendant le cours de la tutelle, par succession, donation, legs ou autrement. (A. Dalloz, tutelle, n. 346.)

Victor Augier. (Encyclopédie des juges de paix, tutelle, sec. 7, § 2, n. 6.)—Il est évident que cet article ne se rapporte qu'aux meubles proprement dits, et non point aux capitaux ou rentes productifs d'intérêt, que l'art. 529 range dans la classe des meubles par la détermination de la loi.

Boileux.—Cette vente doit être faite ou du moins commencée dans le délai d'un mois à partir de la clôture de l'inventaire, en présence du subrogé-tuteur, aux enchèers, par un commissaire-priseur, un notaire, ou même, à leur défaut, par un huissier que le tuteur choisira, et après des publications et affiches.

Le conseil de famille peut toutefois autoriser le tuteur à conserver en nature certains meubles ; par exemple, une bibliothèque, des portraits, des objets rares et précieux.

---

* *C. N.*, 452. } Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.

---

294. Dans les six mois à compter de cette vente, le tuteur, après les dettes et autres charges acquittées, doit placer les deniers qui lui restent entre les mains, du produit de la vente et de ceux qu'il a trouvés lors de l'inventaire, ou qu'il a reçus depuis des débiteurs du mineur.

294. Within the six months which follow such sale, the tutor, after discharging the debts and other liabilities, must invest whatever money remains in his hands, whether it proceeds from the sale, or is found upon making the inventory, or is subsequently received from the debtors of the minor.

---

* 1. *Argou, liv.* 1, *ch.* 8, *p.* 136. } Six mois après la vente des meubles, le tuteur doit employer les deniers qui lui restent entre les mais, en acquisition d'héritages, ou constitutions de rentes ; comme aussi les forts principaux des rentes dont il est forcé de recevoir le rachat, et même les deniers revenans bons de ses épargnes, lorsqu'ils forment un capital assez considérable suivant les facultés du mineur; en un mot, si le tuteur garde des deniers oisifs entre ses mains, on lui en fait payer les intérêts.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *art.* 99. } Du moment que le tuteur aura entre les mains un fonds de 1000 liv. pour faire 50 liv. de rente au profit des mineurs issus de basse condition, et 4000 liv. pour faire 200 liv. de rente aux mineurs de moyenne condition, et de 8000 liv. pour faire 400 liv. de rente au plus riche, le tuteur sera tenu d'en faire l'emploi dans les six mois, sinon il tiendra compte au mineur des intérêts des deniers étant en ses mains, du jour que le terme des six mois sera expiré.

[ARTICLE 294.]

* *Pothier, Personnes, tit.* 6, *sec.* 3, *art.* 4, *p.* 619. } Le tuteur doit faire emploi des deniers de son mineur, tant de ceux qui proviennent de la vente de ses meubles, que de ceux qu'il a reçus de ses débiteurs.

Il est plus avantageux pour les mineurs, que leur tuteur se donne lui-même le soin de chercher un emploi, soit en acquisition d'immeubles, soit en constitution de rentes sur des communautés ou sur des particuliers, dont la solvabilité soit connue ; et lorsqu'il aura trouvé cet emploi, il peut sur l'avis des parents convoqués à cet effet devant le juge, se faire autoriser par une ordonnance de le faire.

Faute par le tuteur d'avoir fait cet emploi des deniers du mineur, tant de ceux qu'il a entre ses mains, que de ceux qu'il a dû avoir, et qu'il a dû exiger, il est tenu envers son mineur des intérêts de ces deniers qui courent sur lui.

---

* 4 *Denisart* (*ancien*), *vo. tutelle*, *n.* 66. } Le tuteur est indispensablement obligé de placer les deniers oisifs qu'il a, ou qu'il doit avoir, appartenant à son pupille, quand ils montent à une somme suffisante pour former le capital d'une rente. Autrement, s'il garde l'argent plus de six mois sans le placer, il doit payer l'intérêt, parce qu'on présume alors qu'il applique cet argent à son profit personnel.

[No. 67.] A l'égard du montant de la somme qui doit se trouver entre les mains du tuteur pour former un capital, qu'il est assujetti d'employer, il se règle, "eu égard à la qualité, à l'âge et à l'état des biens et revenus des mineurs." Voy. Lamoignon, No. 99 ; le Prestre, centurie première, ch. 52 et cent. deuxième, ch. 26 ; Brodeau, lettre R, no. 55 ; Henrys, tôme 2, liv. 4, quest. 71.

[No. 69.] Comme il peut se faire qu'un tuteur avec bonne volonté de placer, ne trouve point d'emploi avantageux, l'usage a pour ce cas singulier introduit une voie de lui procurer sa décharge ; c'est de faire signifier aux parents qu'il a

des deniers oisifs, et qu'il ne trouve pas à placer utilement, avec sommation de lui indiquer un emploi devant le juge, s'ils en connaissent qui soient avantageux. Alors, après avoir pris acte de sa diligence par cette voie, le tuteur peut être déchargé de l'intérêt; car on ne demande pas qu'il fasse l'impossible.

[No. 72.] Si le tuteur place de son chef les deniers de son pupille, il est responsable de l'emploi en son nom, à moins qu'il ne place sur l'état. Mais quand il a placé en conséquence d'un avis de parens, homologué par le juge, il n'est point responsable des événements de l'emploi.

---

* 1 *Gin*, *p.* 326. } Les lois romaines avaient prévu la nécessité d'accorder un délai au tuteur pour faire emploi, au profit du mineur, des sommes provenues de l'économie de ses revenus, de rachats de rentes, ou autres causes; elles l'avaient fixé à deux mois, "si ce n'est qu'il eût employé ces deniers à ses usages personnels." *Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet his qui nummos impuberum vel adolescentium in suos usus converterunt.* (*L.* 7, § 11, dig. *de adm. et peric. tut.*)

Le nouveau Code ne fixe aucun délai; il abandonne ce soin à la sagesse du conseil de famille, qu'il enjoint au tuteur de convoquer à cet effet, sous peine d'être responsable des intérêts des sommes demeurées entre ses mains, quelques modiques qu'elles soient. Arts. 449-450.

---

295. Il doit aussi, pendant la durée de la tutelle, faire emploi de l'excédant des revenus sur les dépenses, ainsi que des capitaux qui lui sont remboursés et des autres som-	295. During the tutorship, he must likewise invest the excess of the revenues over the expenses, as well as all capital sums which have been reimbursed and all other

mes qu'il a reçues ou dû recevoir, et ce sous le même délai de six mois à compter du jour où il a eu ou dû avoir entre ses mains une somme suffisante, eu égard aux moyens du mineur, pour former un placement convenable.

moneys which he has received, or ought to have received; and this he must do within the same delay of six months from the day when he had or ought to have had a sufficient sum, considering the means and condition of the minor, to form a suitable investment.

---

* *ff.*, *Lib.* 26, *tit.* 7, *De adm. tut.*, *l.* 15. } Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantir, vel intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit, ipse in debitam pecuniam, et in usuras ejus pecuniæ, quam non fœneravit, convenitur.

---

* Voy. *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 4, *art.* 99, cité sous l'art. précédent.

Id., *art.* 100.—S'il y a des filles ayant atteint l'âge de quatorze ans accomplis, le tuteur pourra garder leur portion du fonds en argent, par avis de parents, en attendant l'occasion d'un mariage.

Art. 101.—Les deniers des rachats des rentes, et les autres sommes principales reçus par le tuteur durant le cours de la tutelle, produiront intérêts au profit des mineurs, à compter six mois après la réception d'icelles, jusqu'à la clôture du compte, si ce n'est que dans le dit temps de six mois elles aient été employées au profit ou à la décharge des mineurs, après avoir consommé tous les revenus qui étaient entre les mains du tuteur.

Art. 102.—Si l'emploi est fait comme dessus depuis les six mois, l'intérêt cesse du jour de l'emploi ; mais s'il paraît

qu'avant les six mois le tuteur se soit servi des deniers pour ses affaires particulières, il en doit l'intérêt du jour qu'il s'en est servi.

Art. 103.—Le tuteur sera tènu se charger, dans la recette de son compte, de l'intérêt du revenu du mineur, lorsqu'à la fin d'une année, après la déduction faite de toute la dépense, il se trouvera avoir un fonds suffisant pour le mettre à constitution de rente, eu égard à la condition des mineurs, selon la distinction ci-dessus et ne commencera le dit intérêt à courir que six mois après la fin de la dite année.

Art. 104. L'intérêt du revenu ne doit entrer dans la recette des années suivantes; mais il en sera fait un fonds particulier qui produira de nouveaux intérêts six mois après la fin de l'année, en laquelle il se trouvera suffisant pour faire une constitution de rente selon la condition des mineurs et la distinction ci-dessus.

---

* *Voy. Argou*, cité sous arts. 294 et 296.

---

* *Meslé*, *ch.* 8, *N.* 30, *p.* 200. } Employer en rentes ou héritages par avis de parens et amis, cela s'entend après avoir payé les dettes s'il y en a, et après avoir pris ce qui est nécessaire pour l'entretien des mineurs, le surplus des deniers provenant de la vente des meubles et des revenus avec ceux qui se seront trouvés comptans dans les successions des pères et mères, doit être employé en rente ou héritage par avis de parens et amis. Il ne suffirait pas que le tuteur fît constituer une rente, ou fît l'acquisition d'un héritage pour le mineur, parce qu'après la tutelle finie, le mineur ne serait point obligé de recevoir la rente ou l'héritage Il faut que le tuteur fasse assembler les parents et amis pour donner leur avis sur l'acquisition proposée par le tuteur, soit de rente, soit d'héritage, et l'avis de parens doit être homologué par le juge qui donne son approbation à ce qui a été

avisé par les parents, et permet de le suivre comme juste, et comme étant à l'avantage du mineur. Si l'acquisition est agréée par les parens, la rente ou l'héritage acquis appartiennent au mineur, il demeure pour justifier que l'acquisition est utile au mineur ; il est obligé de prendre en compte ce qui a été acquis ; il ne paraît pas même que le tuteur soit garant de la solvabilité du débiteur de la rente, si c'est d'une rente qu'est l'acquisition, parce que l'avis de parens en agréant le débiteur l'a témoigné bon et solvable, ce qui suffit pour établir l'apparence de la solvabilité du débiteur, et la bonne foi du tuteur.

---

* *Pothier, Des personnes, tit.* 6, *art.* 4, *pp.* 619-620. } Faute par le tuteur d'avoir fait emploi des deniers du mineur, tant de ceux qu'il a entre ses mains, que de ceux qu'il a dû avoir, et qu'il a dû exiger, il est tenu envers son mineur des intérêts de ces deniers qui courent sur lui.

Lorsqu'un mineur a un revenu considérable, le tuteur doit mettre en réserve ce qui reste du dit revenu, après avoir pris ce qui est nécessaire pour les aliments, l'éducation et l'entretien des biens de son mineur ; et lorsque cet excédant du revenu forme une somme assez considérable, il doit en faire un emploi ; faute de quoi les intérêts de cette somme courent contre lui. On estime que cette somme doit être au moins de cent pistoles, pour qu'il soit tenu d'en faire emploi ; et il n'est pas tenu d'en trouver pour une somme moindre.

Voy. *Pothier, Des personnes*, cité sous l'article 290, § 1er.

Voy. *Denisart et Gin* cité sous l'article précédent.

---

296. A défaut par le tuteur d'avoir fait, dans les délais, les emplois voulus, il est tenu envers son pupille des intérêts des	296. In default of the tutor having made, within the delays, the investment acquired, he is bound to account to his pupil

sommes qu'il aurait dû avoir placées, à moins qu'il ne justifie que l'emploi lui a été impossible, ou à moins que, sur demande de sa part, le juge ou le protonotaire, sur avis du conseil de famille, ne l'en ait dispensé, ou n'ait prolongé les délais.

for interest on the sums which he ought to have so invested, unless he can establish that such investment was impossible, or unless, on his application, the judge or the prothonotary, upon the advice of a family council, has dispensed with the investment or prolonged the delays.

---

* Voy. *Pothier*, *Lamoignon*, *Denisart*, cités sous l'article précédent.

---

* 1 *Argou*, *liv.* 1, *ch.* 8, *p.* 136-137. } Comme un tuteur ne peut pas toujours à point nommé trouver un emploi assuré, et qu'il doit être tenu que de faire les diligences nécessaires ; lorsqu'il a des deniers entre les mains, il peut le dénoncer aux parens, afin qu'ils lui indiquent un emploi, ou qu'ils donnent leur avis sur ceux qu'il propose ; après avoir suivi l'avis des parents, il n'est plus tenu de l'insolvabilité de ceux à qui il prête l'argent du mineur lorsqu'elle n'est pas arrivée par sa négligence ; car on ne peut jamais imputer au tuteur ce qu'il a fait par l'avis des parens, pourvu qu'il n'y ait pas une collusion visible entre les parens et le tuteur ; ce qu'on ne présume jamais.

---

* *Meslé*, *ch.* 8, *n.* 32, *p.* 205. } Le tuteur n'est pas écouté à dire qu'il n'a pas trouvé à placer les deniers pupillaires, s'il paraît que dans le même temps il ait bien placé son argent. (*L.* 13, § 1, *ff. de adm. tut.* no. 33.) L'obligation que l'Ordonnance impose au tuteur, c'est d'employer les de-

niers pupillaires en acquisition d'héritages ou de rentes, par avis de parents ou amis. La peine qu'elle lui impose faute de le faire, c'est de payer le profit des deniers. Elle ne distingue point si le tuteur a fait usage des deniers à son profit, ou s'il les a laissés sans en faire ni usage ni profit, il doit toujours également le profit des deniers : la dette du tuteur étant égale en tous les cas, le profit qu'il doit est toujours le même, et ne peut pas être autre que l'intérêt déterminé par l'Ordonnance.

---

* 2 *Pigeau, liv.* 3, *art.* 5, § 2, *p.* 112. } Lorsque le tuteur a des deniers oisifs appartenant aux mineurs, il peut les employer sans autorisation; mais si l'emploi devient mauvais, il en est garant envers les mineurs.

Pour éviter cette garantie, le tuteur n'emploie ordinairement que de l'avis des parens homologué par le juge.

Les parens étant assemblés, le tuteur et les parens indiquent un emploi, s'ils en connaissent un; s'ils n'en connaissent pas, le juge ordonne que les deniers seront employés en rentes sur le roi, ou dans un autre emprunt public, on autorise le tuteur à garder les deniers sans intérêt, jusqu'à ce qu'il en trouve un autorisé par le Juge. Mais on ne doit prendre ce dernier parti que lorsqu'on est assuré de la bonne foi du tuteur, et qu'il fera ce qui sera en lui, pour l'intérêt des mineurs; autrement il serait facile à un tuteur de mauvaise foi, de rendre stériles les fonds des mineurs.

---

* *Le Prestre, Cent. 1re, ch.* 52, § 1 *et suiv.* } L'empereur Constantin en la loi *lex quæ tutores* 22, *Cod. de adm. tut.* fait mention d'une loi qui obligeait les tuteurs et curateurs, *vendere aurum, argentum, gemmas, vestes, cœteraque mobilia prætiosa, urbana etiam mancipia, prædia, domos, balnea, horrea, atque omnia quæ intra civitatem sunt, omniaque ad nummos redigere, præter prædia et mancipia rustica,* et corrige cette loi

comme entièrement contraire et préjudiciable à l'utilité des mineurs. Aussi les Empereurs Arcadius et Honorius en la loi *Tutores* 24, du même titre, veulent qu'après que les tuteurs et curateurs auront fait inventaire authentique et avec les solemnités requises, *collocent in tutissimâ custodiâ aurum, argentumque et quidquid vetustate non mutatur, ex mobilibus vero aut prædir idonea comparent; auta si fortè idonea non potuerint inveniri, juxta antiqui juris formam, usurarum crescat accessio, quarum exactio ad periculum tutorum pertineat.* Or, cette façon s'apprend par le droit des Pandectes: Car le jurisconsulte Paulus en la loi 15 *si tutor constitutus, de peric. et adm. tut.* dit que le tuteur était tenu six mois après qu'il avait reçu les deniers du mineur, de les mettre à profit pour son mineur, et à faute de ce faire, le dit temps passé *ipse in debitam pecuniam, et in usuras ejus pecuniæ, quam non fœneraverit conveniebatur.* Et encore ce terme n'était que pour la première année qu'il entrait en la gestion de la tutelle, car pour les suivantes il n'avait chaque année que deux mois libres, qui étaient pour recevoir et remployer l'argent; au bout de deux mois il était tenu aux intérêts, comme dit la loi *tut.* 7, § 11 *et Scœvola in l. qui negotiationem* 58, § 3 *eod. tit.* Toutefois, s'il s'excusait de n'avoir trouvé où assurément mettre l'argent de son mineur, *idoneas homines* EUPOROIS, il n'était point tenu à l'intérêt, en faisant apparoir de diligences valables, *apud præsidem provinciæ, Paul.* 2, *sent.* 14 § *ult.* L'empereur Antonin en la loi 3 *C. de usur. pupillarib.* Mais aussi s'il se justifiait contre lui qu'il eut profité de l'argent de son mineur, ou qu'il l'eut employé à son usage, il était tenu à l'intérêt sans avoir la relâche de deux ou de six mois accordée par la loi 7 *tutor* § 11 qui dit que *eo casu spatium illud, seu laxamentum duorum mensium non tribuitur. Imo*, en plus forts termes s'il recevait les usures et intérêts des deniers de ses mineurs, et qu'il les employât à son profit: il en devait l'intérêt, *d. l.* 7, *tutor.* § 12 et la loi *qui negotiationem* au § dernier dit que *usu-*

ræ receptæ a tutoribus in sortem imputantur, et earum nomine usuræ debentur. Par l'authentique *novissimè C. de adm. tut.* et la novelle de Justinien 72, ch. 6, la nécessité est ôtée au tuteur de mettre à intérêt l'argent de son mineur, il suffit que *cautè reponat et reservet*, l'Empereur estimant qu'il est plus sûr de conserver au mineur ce qui lui est acquis, que de le hasarder pensant en acquérir d'autre, permet néanmoins au tuteur, si bon lui semble, d'employer les deniers de son mineur, en prenant sur lui le hasard et la perte, et en ce cas lui accorde chaque année les deux mois susdits, si ce n'est que le mineur ait tout son bien en meubles, car alors par le chapitre suivant de la même novelle, le tuteur est contraint *illud solum mutuare vel etiam collocare, quantum ad dispensationem sufficit adolescenti ejusque rebus : quod vero plus est, cautè recondatur. Vid. Cujac. ad. d. novel. et cap.* 13 *de præscript.*

Par l'Ordonnance du Roi Charles IX, aux Etats d'Orléans en 1560, art. 102, les tuteurs et curateurs des mineurs sont tenus incontinent qu'ils ont fait inventaire des biens appartenans à leurs pupilles, faire vendre par autorité de justice les meubles périssables, et employer en rente ou héritage, par l'avis des parens et amis, les deniers qui en proviendront avec ceux qu'ils auront trouvés comptans, à peine de payer en leur propre nom les profits des dits deniers.

---

* 1 *Gin*, 326, cité sous l'article 294.

---

* *Dard, sur art.* 455, *C. N., note a.* } Il est à remarquer que le tuteur ne devrait pas les intérêts, si l'emploi avait été impossible par le défaut d'emprunteurs solvables (*Vid. Leg.* 7, § 3 ; *leg.* 12 § 4 ; *leg.* 13 § 1. *ff. de adm. et per. tut.* ; *Leg.* 5 *Cod. de usuris pupilliaribus.*)

---

* Voy. *S R. B. C., ch.* 78, *sec.* 23, cité sous l'art. 88.

---

* *C. N.*, 455. } Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

Ibid., 456. } Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article précédent, les intérêts de toute somme non employée quelque modique qu'elle soit.

---

297. Sans l'autorisation du juge ou du protonotaire, accordée sur avis du conseil de famille, il est interdit au tuteur d'emprunter pour son pupille, d'aliéner ou hypothéquer ses immeubles et aussi de céder ou transporter ses capitaux ou ses actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie.

297. Without the autorization of the judge, or the prothonotary, granted on the advice of a family council, the tutor is not allowed to borrow for the minor, nor to alienate or hypothecate his immoveable property ; nor is he allowed to make over or transfer any capital sums belonging to the minor, or his shares and interest in any financial, commercial, or manufacturing joint-stock company.

---

* *Cod.*, *Lib.* 5, *Tit.* 71, *De prædiis et aliis rebus minorum*, *L.* 4. } Non solûm per venditionem rustica prædia, vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur ; sed neque transactione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu si fratribus tuis per

transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes ; sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuò restituere debes.

---

* *Ferrière, part. 4e, sec. 8e, p. 226 et suiv.* } Nous avons vu dans la précédente section, que le tuteur ne peut ébrécher les biens de son pupille par aucune donation, ni par aucun relâchement qui serait par lui fait aux débiteurs pupillaires : nous dirons à présent, ainsi que l'enseigne *Joann. Petr. de Ferrariis, in Prax. tit.* 35, *Gloss.* 5, *num.* 11, que le tuteur n'a pas non plus le pouvoir d'aliéner les biens immeubles du pupille, à moins que l'aliénation n'ait une cause juste et légitime, et qu'elle n'ait été permise par sentence du juge, *nisi ex justa causâ et legitima, et judicis accedente decreto.* Doctrine qui se retrouve dans Boyer, *decis.* 80, *num.* 6, et qui prend un fondement solide dans la disposition du droit, *Leg. non solum* 4, *Cod. de prædiis et aliis reb . minor.* et c'est ce qui a été jugé par arrêt, dont fait mention *Automne, ad leg.* 1, *ff. de reb. eorum qui sub tut.* La vente dans ce cas-là est nulle encore qu'elle ait été faite sous faculté de rachat, comme nous l'apprend *M. Laroche, liv.* 1, *sous le mot, Achats, tit.* 3, *art.* 1.

J'ajoute avec *Cujas et Perezius, ad tit. Cod. de præd. et aliis reb. nuis.* que la vente faite par le tuteur sans l'autorité du juge, est nulle de plein droit, et tellement que le mineur n'a pas besoin à cet égard, d'être restitué en entier : *et ad extremum notandum, venditionem factum sine decreto, ipso jure nullam esse : ideóque minori non opus est restitutione in integrum.* De là suit que le pupille, devenu adulte, peut dans le même cas faire rescinder la vente, sans prendre des lettres ; et c'est ainsi effectivement, que la question a été décidée par les arrêts que rapportent *Bouvot, tôm.* 1, *part.* 3, *sous le mot pupille, quest.* 1, *et tôme* 2, *sous le mot Mineur, quest.* 4, *et sous le mot Vente, quest.* 3, *et Basnage sur la cout. de Normandie, art.*

[ARTICLE 297.]

592. L'action du pupille, pour demander la cassation de la vente faite par son tuteur sans autorité de justice, dure trente ans, comme l'a jugé l'arrêt que cite *Boniface*, *tôme* 4, *p*. 243, *de l'édition de* 1708 ; en sorte que l'acte qui contient une vente si vicieuse n'étant pas soumis à la prescription des actions rescisoires, à la prescription de dix ans, il est nécessaire d'en conclure que l'impétration des lettres serait très inutile.

Je n'ignore pas qu'aux termes de l'art. 134 de l'Ord. de François I, de l'année 1539, les mineurs doivent demander dans les trente-cinq ans de leur âge la cassation de la vente faite de leurs biens sans décret ni autorité de justice ; mais il est remarquable que cette Ordonnance ayant été rendue contre la disposition du droit commun qui déclare nulle une telle vente, soit qu'elle ait été faite par les tuteurs, ou par des mineurs, il faut resserrer l'Ord. dans ses termes ; et puisqu'elle ne parle que des ventes des biens des mineurs, on ne peut en étendre la disposition aux ventes des biens pupillaires consenties par les tuteurs : *in correctoriis non est licita extensio ;* maxime qui est une suite de la décision de la loi *quod vero* 14, *ff. de legib :* C'est dans le même sens, que les Docteurs s'expliquent : *jus singulare non temeré producendum est ad alias species sine lege singulari......jus novum restrictiùs accipiendum est, non ampliandum. Cujas, in lib.* 9. *Respons. Papin., ad leg.* 102 *de conditionib. et demonstrationib. et in lib.* 13, *Resp. Papin., ad leg.* 15, § *non idcirco* 2, *ad leg. falcid...... Edicta principis, cum sint stricti juris, nunquam sunt extendenda, nequidem ex identitate adeoque majoritate rationis, Faber in Cod. lib.* 1, *tit.* 5, *defin*, 1. Ainsi, encore un coup, et quoiqu'en dise *Theveneau, en ses Commentaires sur les Ord. liv.* 2, *tit.* 22, *art.* 3, il est hors de doute que la disposition de l'Ord. de 1539, doit être adaptée uniquement aux contrats de vente consentis par les mineurs eux-mêmes, et ne peut pas être étendue aux contrats de vente consentis par les tuteurs

Telle est la doctrine que tiennent *Dumoulin, sur l'art.* 134 *de la dite Ord. de* 1539, *sous les mots :* Contrats faits par les mineurs ; *Basset, tôm.* 2, *liv.* 4, *tit.* 16, *ch.* 4 ; *Augeard, tôm.* 1, *ch.* 46, *p.* 392, *de l'édit, de* 1710 ; *et Raviot, sur Perrier, tôm.* 2, *quest.* 231, *nomb.* 2.

Il y a des auteurs qui prenant là dessus un parti pour ainsi dire mitoyen, veulent que les contrats consentis par les tuteurs soient attaqués par les pupilles dans les dix ans de leur majorité, pourvu que ceux-ci aient eu connaissance des contrats dans le même laps de temps ; en sorte que les dix ans ne courent que *a die notitiæ.* Parmi ces auteurs, je remarque *Carondas, en ses réponses, liv.* 6, *ch.* 69 ; *Louët et Brodeau, lettre C. Somm. II, et Mornac, ad leg. si pupillus* 35, *ff. de receptis qui arbitr. et ad leg.* 2, *Cod. si tutor vel curat. interv.* Cette dernière opinion est rejettable par deux raisons : 1° Parceque quelle que soit la modification dont elle use, il est toujours vrai qu'elle étend contre les règles la disposition de l'Ord. de 1539, aux contrats de vente consentis par les tuteurs; 2° Parce qu'elle ferait naître une difficulté sensible sur la légitime fixation du jour auquel la connaissance des ventes faites par les tuteurs, serait parvenue aux pupilles : difficulté qu'on ne pourrait guère bien applanir. Nous devons donc, sur le fondement de ces deux considérations, nous attacher à la doctrine qui veut que le pupille puisse pendant trente ans faire casser la vente de son immeuble consentie par le tuteur sans la permission du juge.

---

* *Meslé, ch.* 8, *n.* 22. } Il est dit dans la Loi 4 au Code *De prædiis et rebus min.* que le mineur ne peut aliéner son fonds ni par transaction ni par échange, et que celui qui par transaction avait donné un fonds à ses frères, pouvait le revendiquer, en rendant ce qu'il avait reçu d'eux. Par arrêt du Parlement de Provence du 14 Janvier 1666, il fut dit qu'une mineure n'avait pû

aliéner par transaction en forme de partage avec son cohéritier, ses biens sans les solemnités requises par le droit, quoique de l'avis de ses parents, et moyennant une dot en argent, (*Bonniface*, *Arrêts de Provence*, t. 1, *liv.* 4 ; *tit.* 9, *ch.* 1, *n.* 1.)

Aussi ne peut le tuteur ou curateur compromettre, transiger, déférer serment décisif ès-causes héritelles et de meubles riches et précieux, sans l'avis de parens et décret de justice, Coutume de Bretagne, art. 509 et d'Argentré sur cet article. M. Louët et Brodeau, 1. C. n. 4, rapporte les arrêts qui ont restitué les tuteurs et les mineurs contre les peines stipulées par les compromis qu'ils avaient passés. *L'art.* 89 *des Arrêts de M. le président* porte : Le compromis fait par un tuteur, est nul, et la peine n'en peut être demandée, et néanmoins les juges peuvent avec connaissance de cause renvoyer les différends où des mineurs ont intérêt, pardevant des arbitres nommés d'office. Les tuteurs et les curateurs sans décret et autorité de justice, ne peuvent transiger, ni déférer serment décisif aux causes d'héritages et de meubles précieux. (Bouchel, liv. 1, ch. 38.)

Le juge ne peut pas permettre la vente sous prétexte d'utilité, (L. 5, § 14 ff. *de rebus eorum.*) Il n'y a que la nécessité du paiement des dettes qui puisse faire subsister la vente du bien du mineur, (*dict.* § 14, et L. L. 12 et 18 Cod. De præd. *et reb. min.*)

Quand les formalités nécessaires pour la vente des biens de mineur n'ont pas été gardées, la vente est nulle, et le mineur revendique son bien sans qu'il ait besoin de restitution. L. 2, LL. 9, 10, 11, 15 et 16. *C. de præd. et reb. min.*) Si les formalités ont été gardées, la vente est valable, sauf au mineur à se faire restituer s'il est lésé, (L. 2 et L. 11, C. *de præd.*) Justinien par sa constitution qui est dans la L. 3, au C. *Si major factus*, veut que dans le cas de vente de biens de mineur sans formalités, si le mineur depuis qu'il a eu vingt-cinq ans accomplis, laisse passer cinq ans sans se plaindre, la vente devienne valable et inattaquable.

[ARTICLE 297.]

* *Lamoignon, Arrêtés, tit. 4, n.* 87. } Ne peut le tuteur, même le père, aliéner les immeubles de son mineur sans nécessité, avis de parents et ordonnance de juge, et sera premièrement considéré s'il n'y a point de meubles suffisants, et ensuite s'il n'y a point quelque rente constituée dont la vente soit commode avant que de venir aux héritages, entre lesquels les parents et les juges choisiront ceux desquels l'aliénation est moins importante au mineur ; sinon et à faute d'avoir observé les dites formalités, le mineur pourra vendiquer et rentrer de plein droit, sans lettres, dans l'immeuble aliéné, avec restitution de fruits, sans que l'acquéreur puisse prétendre aucun recours, ni répéter le prix par lui payé, sinon à proportion de ce qu'il justifiera par écrit être trouvé au mineur, avec l'intérêt, jusqu'à la concurrence des fruits, sujets à la restitution, et non plus avant.

Art. 88.—Les immeubles ne peuvent être aussi engagés ni hypothéqués par le tuteur, sans nécessité, avis de parents, et ordonnance de juge.

---

* 1,*Argou, liv.* 1, *ch.* 8, *p.* 138. } Il ne doit jamais vendre les immeubles du mineur sans une nécessité indispensable, et en ce cas il faut qu'il y ait une sentence du juge rendue en connaissance de cause, sur un avis de parents, et que la vente en soit faite en justice au plus offrant, après plusieurs affiches et publications.

---

* *Pothier, Obligations, No.* 76. } Pour que quelqu'un soit censé avoir contracté par le ministère de son tuteur, curateur, administrateur, etc., il faut que le contrat n'excède pas le pouvoir de ces personnes. Par exemple, si un tuteur, en sa qualité de tuteur, avait, sans le décret du juge, vendu quelque bien immeuble de son mineur, le mineur ne serait pas censé avoir fait ce contrat par son ministère ; et il n'en résulterait aucune obligation contre lui ; la vente des immeubles étant une chose qui excède le pouvoir des tuteurs.

[ARTICLE 297.]

* *Pothier*, *Vente*, *No.* 14. } On compte aussi parmi les choses qui ne peuvent se vendre, les héritages et autres immeubles des mineurs, des interdits, de l'Eglise, et des corps et communautés ces choses ne peuvent se vendre, si ce n'est pour quelque juste cause, en vertu du décret du juge, et en observant au préalable certaines formalités.

La nullité de la vente de ces choses n'est aussi qu'une nullité relative, établie contre l'acheteur, qui n'en peut opposer la nullité, elle ne peut être opposée que par le mineur, l'interdit, l'Église, le corps ou la communauté en faveur de qui cette nullité est établie. Elle cesse même de pouvoir l'être, si le mineur devenu majeur ou l'interdit, depuis qu'il a été relevé de son interdiction ou leurs héritiers, ont ratifié le contrat, soit expressément, soit tacitement, en ne se pourvoyant pas par des lettres de rescision dans le temps prescrit.

Lorsque c'est un tiers qui a vendu, comme à lui appartenant, un héritage qui appartenait à l'Eglise, ou à des mineurs, ou autres personnes semblables, la vente est valable, de même que nous avons vu que l'était la vente de la chose d'autrui, non quant à l'effet d'en transférer la propriété à l'acheteur, mais quant à l'effet d'obliger le vendeur à la garantie.

---

* *Pothier*, *Personnes*, *tit.* 6, *sec.* 4, *art* 3 § 2. } Le pouvoir du tuteur sur les biens du mineur, est tel que tout ce qu'il fait par rapport à leur administration, a la même efficacité, que si tous ces biens lui appartenaient. De là cette maxime de droit *Tutor domini loco habetur.* De là il suit que les débiteurs des mineurs payent valablement au tuteur, et que la quittance qu'il leur donne, opère une parfaite libération. Il peut même recevoir le prix du rachat des rentes dues au mineur, lorsqu'elles sont rachetables ; car, quoique ce rachat contienne l'aliénation d'un immeuble, comme il ne peut être empêché sous aucun prétexte, cet acte n'excède point l'administration confiée au tuteur ; et par conséquent le rachat est

valablement fait entre ses mains. Tout ceci a lieu, quand même le tuteur ne serait pas solvable, et même quand il ne l'aurait pas été dans le temps qu'il a reçu, pourvu qu'il ne fût pas en faillite ouverte et connue. Car le paiement est valablement fait à celui qui avait caractère pour le recevoir, et le débiteur qui paye entre ses mains, n'est pas obligé de savoir s'il est solvable ou non.

Il n'est pas nécessaire non plus, pour que le débiteur soit libéré dans le cas de l'insolvabilité du tuteur, qu'il ait payé en vertu d'une ordonnance du juge ainsi que l'exigeait la constitution de Justinien, qui n'est point suivie parmi nous. Le pouvoir du tuteur sur les biens de son mineur, lui donne droit d'aliéner toutes les choses mobilières de son mineur, et d'en transmettre la propriété à ceux qui les reçoivent de lui, sans qu'il soit besoin pour cela que le consentement de son mineur intervienne, le consentement du tuteur tenant lieu à cet égard de celui du mineur, suivant cette maxime : le fait du tuteur est celui du mineur. Il ne peut pourtant les aliéner qu'à titre de commerce. Par exemple, il peut bien aliéner les meubles de son mineur, par l'emploi qu'il en fait en acquisition de rentes ou d'héritages : mais il ne peut aliéner à titre de donation les choses appartenant à son mineur ; car le fait du tuteur n'est le fait du mineur, que dans les actes qui se font pour l'administration de ses biens ; et la donation n'est point un acte d'administration.

Il faut en excepter les donations de sommes modiques, ou de choses modiques, que la bienséance oblige quelquefois de faire à ceux qui ont rendu quelque service au mineur...

Le pouvoir du tuteur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur. De là il suit que si un tuteur avait vendu et livré un immeuble de son mineur, il n'en aurait point transmis la propriété à l'acheteur ; et le mineur, devenu majeur, pourrait dans les trente ans, depuis sa majorité, revendiquer cet immeuble sans avoir besoin pour cela

de lettres de rescision, car on n'a besoin de ces lettres que pour revenir contre son propre fait. Un mineur a besoin de lettres, contre le fait de son tuteur, parce que le fait de son tuteur est censé son propre fait : mais cette règle n'a lieu qu'à l'égard des choses renfermées dans le pouvoir d'un tuteur ; c'est-à-diré, qui concernent l'administration du tuteur. Or, cette vente faite par le tuteur, n'est pas plus à cet égard le fait du mineur, que ne le serait le fait d'un étranger qui se serait avisé de vendre cet immeuble. Le tuteur n'a donc pas plus besoin de lettres pour revendiquer cet immeuble, que s'il avait été vendu par un étranger sans caractère ; et le tuteur lui-même, dans les choses qui excèdent son pouvoir, doit être regardé sans caractère.

Notre principe, que le pouvoir du tuteur ne s'étend pas à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur, s'entend des aliénations volontaires ; et les nécessaires appartiennent à l'administration de la tutelle. C'est pour cela que nous avons dit ci-dessus que le tuteur pouvait recevoir le rachat des rentes rachetables de son mineur, quoique, par-là, il aliène la rente due à son mineur, qui est un immeuble ; car le rachat étant forcé et contenant une aliénation nécessaire, appartient à l'administration de la tutelle.

De là il suit que, lorsque le mineur est propriétaire par indivis avec des majeurs, de quelque immeuble, soit à titre de succession, soit à tout autre titre quelconque le tuteur de ce mineur ne peut pas provoquer à un partage définitif, ni à une licitation, les cohéritiers ou copropriétaires de son mineur ; car le partage ou licitation contiennent une aliénation volontaire de la part de celui qui a provoqué, puisqu'il ne tenait qu'à lui de ne le pas faire. Mais le tuteur du mineur peut être provoqué par quelqu'un des majeurs cohéritiers ou copropriétaires de son mineur ; et ce partage ou licitation, faits sur la demande du majeur avec le tuteur du mineur, sera valable ; car l'aliénation que contient ce par-

tage ou licitation, est une aliénation nécessaire de la part du tuteur qui y est provoqué, et partant n'excède point les bornes de l'administration de la tutelle. Que si les cohéritiers ou les copropriétaires étaient mineurs, comme en ce cas, aucun n'aurait droit de demander un partage définitif, il ne se pourrait faire entre eux qu'un partage provisionnel ou de jouissance.

Il suit aussi de notre principe, que les créanciers d'un mineur peuvent saisir réellement, et faire adjuger sur le tuteur les héritages du mineur, car c'est une aliénation nécessaire.

Le tuteur menacé de cette saisie, ne peut pas, de sa seule autorité, vendre volontairement quelques héritages du mineur, pour satisfaire les créanciers, et éviter les frais énormes d'une saisie.

Mais si on ne peut sans cela éviter la saisie, et qu'on ne puisse pas acquitter les dettes des épargnes du mineur, le tuteur doit en ce cas convoquer la famille du mineur devant le juge, de qui il obtiendra une ordonnance qui lui permettra de vendre certains héritages du mineur, pour satisfaire ses créanciers. L'aliénation qui s'en fera en vertu de cette ordonnance, quoique volontaire, sera valable et tirera sa force de l'autorité du juge, à qui la loi donne le droit de la permettre en connaissance de cause. Cette vente pour être valable, doit se faire en justice, au plus offrant et dernier enchérisseur. Le décret qui l'a permise, doit être rendu avec le mineur ; car il pourrait un jour appeler de l'ordonnance du juge, et de tout ce qui a suivi.

---

* *Pothier*, *Coutumes*, *tit.* 9, *no.* 16. } Si pour acquitter les dettes du mineur, et prévenir la saisie réelle de ses biens, il était à propos de vendre quelque immeuble du mineur, le tuteur devrait en ce cas avoir recours au Juge, qui, sur un avis de parents et en connaissance de cause, en ordon-

nerait la vente. Cette vente doit être faite en justice sur affiche et publications, au plus offrant et dernier enchérisseur. Arrêt de règlement du 22 Février 1722.

Id., *tit.* 15, *N.* 6.— La donation étant une libéralité, et personne ne pouvant être libéral que de son bien, et non du bien d'autrui, il suit de là que les tuteurs, curateurs et autres administrateurs ne peuvent disposer, par donation entre vifs, des biens dont ils ont l'administration. Il leur est néanmoins permis de faire pour leurs mineurs et autres, dont ils administrent les biens, certains présents modiques que les règles de la bienséance, en certaines occasions, exigent. (*L.* 12, § 3, *ff. de adm. tut.*)

---

* *Pothier*, *Propriété*, *partie* 1, *ch.* 11, *no.* 222. } La tradition d'une chose est censée faite par le propriétaire, et transfère la propriété de la chose à celui à qui elle est faite, non seulement lorsqu'elle est faite par le propriétaire lui-même, mais lorsqu'elle est faite en son nom, par quelqu'un qui a qualité pour cela; par exemple, lorsque le tuteur d'un mineur, ou le curateur d'un interdit, vend en sa qualité de tuteur ou de curateur, des choses mobiliaires appartenantes au mineur, ou à l'interdit, et en fait en cette qualité la tradition aux acheteurs, c'est le mineur ou l'interdit propriétaire des choses vendues, qui est censé en avoir fait la tradition, par le ministère de son tuteur ou curateur, laquelle en conséquence en a transféré la propriété aux acheteurs. C'est le cas de cette maxime : *le fait du tuteur est le fait du mineur.*

Mais si le tuteur ou curateur avait vendu en son nom de tuteur ou de curateur, sans décret du juge, un héritage du mineur ou de l'interdit, la tradition qu'il en ferait au dit nom, ne serait pas censée faite par le mineur ou l'interdit, et ne transférerait pas la propriété de l'héritage à l'acheteur ; car le fait du tuteur n'est censé celui du mineur, que dans les choses qui n'excèdent pas le pouvoir du tuteur ; mais

l'aliénation des immeubles du mineur ou de l'interdit, est une chose qui excède le pouvoir d'un tuteur ou d'un curateur.

Id., *No.* 225.—Pour que la tradition d'une chose en puisse transférer le domaine de propriété à celui à qui elle est faite, il ne suffit pas qu'elle ait été faite par le propriétaire de la chose, ou de son consentement ; il faut encore que ce propriétaire qui a fait la tradition, ou qui l'a consentie, ait été capable d'aliéner.

C'est pourquoi, une femme qui est sous puissance de mari, n'étant pas capable de rien aliéner, sans y être autorisée par son mari, ou par justice, la tradition des choses à elle appartenantes qu'elle ferait ou consentirait, sans cette autorisation, n'en transfèrerait pas la propriété à ceux à qui elle a été faite.

Par la même raison, la tradition qu'un mineur sous puissance de tuteur, ou un interdit, pour cause de prodigalité, fait ou consent des choses à lui appartenantes, n'en transfère point la propriété à ceux à qui elle a été faite, ces personnes n'étant pas capables de rien aliéner.

Les mineurs quoiqu'émancipés, soit par lettres du prince, soit même par le mariage, n'étant pas capables d'aliéner leurs immeubles, la tradition qu'ils en feraient, ou à laquelle ils consentiraient, n'en peut transférer la propriété.

Observez une différence entre l'incapacité des mineurs et des interdits pour cause de prodigalité, et celle des femmes sous puissance de mari : celle-ci, établie en faveur du mari, est une incapacité absolue ; la tradition que cette femme fait sans autorisation, est absolument nulle, et ne peut jamais être censée avoir transféré la propriété; quand même, depuis qu'elle est devenue libre par la mort de son mari, elle aurait ratifié la vente et la tradition qu'elle a faite étant sous sa puissance ; une telle ratification ne serait regardée que comme une nouvelle vente et un nouveau consentement à la translation de propriété de ces choses, qui n'a d'effet que *ut ex nunc*, et du jour de l'acte de ratification.

Au contraire l'incapacité des mineurs n'étant établie qu'en leur faveur, elle n'est que relative ; ils ne sont censés incapables d'aliéner les choses qui leur appartiennent, et les aliénations qu'ils en font ne sont censées nulles, qu'autant qu'elles pourraient leur être désavantageuses. C'est pourquoi, si étant devenus majeurs, ils les ont approuvées, soit par une ratification expresse, soit par une approbation tacite, en laissant écouler le temps de dix ans depuis leur majorité, sans se pourvoir contre, ils sont censés avoir été capables d'aliéner les choses qu'ils ont aliénées, quoiqu'en minorité ; et la tradition qu'ils en ont faite, est censée en avoir transféré incontinent la propriété à ceux à qui elle a été faite.

Il en est de même des interdits pour cause de prodigalité. J'ai dit pour cause de prodigalité ; car il est évident que tout ce qui se fait par ceux qui le sont pour cause de démence, est absolument nul.

---

* 4 *Pandectes Frs.*, *p.* 586 *et suiv.* } La disposition de l'article 451 (457 C.N.) est puisée dans les lois romaines, qui établissent la même règle (*L.* 4 *C. de præd. et al. reb. min.*) ; et qui étaient observées dans notre ancienne législation.

Le tuteur ne peut aliéner d'aucune manière. Ainsi, il ne peut engager, ni hypothéquer les biens du mineur, pour des emprunts ; car, c'est une sorte d'aliénation. (*L.* 1, § 2, *de reb. eor. qui sub. tut.*)

Il faut, pour l'un et l'autre cas, qu'il y ait nécessité, ou du moins une utilité, un avantage qui équipolle à la nécessité. C'est la famille du pupille qui est le premier juge de cette utilité ou nécessité. Mais son jugement ne suffit pas seul, il faut qu'il soit confirmé par le tribunal.

Le tuteur qui agirait, sans être autorisé en la forme prescrite par ces articles, non seulement ferait des opérations nulles, en sorte que le pupille ne serait point obligé, mais il s'exposerait à une responsabilité dangereuse, et à des dom-

.mages-intérêts considérables soit vis-à-vis du mineur, soit vis-à-vis de ceux avec qui il aurait traité, et que le mineur pourrait toujours éviter.

Si cependant l'opération était très avantageuse au mineur, et qu'il en eût profité, l'opération pourrait être maintenue (*L.* 3, *ff. quæ ex fact. tut. vel cur.*), mais ce serait au tuteur à prouver l'*in rem versum ;* et cette preuve serait très difficile, parce qu'en général, le mineur est considéré comme lésé, toutes les fois qu'il aliène.

A plus forte raison, le tuteur ne peut faire aucune donation des biens du mineur ; car, il n'y a jamais nécessité de donner. Aussi, à cet égard, ne peut-il être autorisé valablement d'aucune manière.

Cependant, il peut faire des dons modiques de choses mobiliaires à ceux qui ont rendu quelques services au pupille, comme à ses maîtres, à ses domestiques ; ce qu'on appelle des gratifications ou des présens, suivant l'état et la fortune du mineur. (*Ricard*, *Des Donations*.)

Les lois exceptent encore le cas des alimens fournis à la mère, ou au père du pupille. (*L.* 1, § 2, *ff. de tut. et rat. dist.*) Mais dans cette circonstance le tuteur ne donne pas, il acquitte; une obligation du pupille. La loi, que nous citons, porte même, que l'on peut agir contre lui, s'il ne remplit pas ce devoir. *Quin imo cum tutore agi potest tutelæ, si tale officium prætermiserit.* Dans notre usage, le tuteur fera bien de laisser former la demande, et ordonner le paiement des alimens.

---

* Voy. *S. R. B. C.*, *c.* 78, *s.* 23, cité sous l'art. 88.

Lahaye, *sur art.* 457, *C. N.* } *Delvincourt*, *t.* 1, *note* 4 *de la p.* 127. Si cependant l'emprunt avait tourné au profit du mineur, il n'est pas douteux qu'il n'en soit tenu, non par l'effet du contrat, mais d'après cette maxime de l'équité : *Nemo debet cum alterius damno locupletari.* Ainsi.

il y a cette différence entre l'emprunt fait par le tuteur autorisé et l'emprunt fait sans autorisation, que, dans le premier cas, le mineur est tenu quelque soit l'usage que le tuteur a fait des deniers, ou quand même il les aurait divertis ou appliqués à ses propres affaires; au lieu que, lorsqu'il n'y a pas eu d'autorisation, le prêteur ne peut agir contre le mineur, qu'en prouvant que l'emprunt a tourné à son profit, *et quatenùs locupletior factus est.*

Rolld de Villargues, V. tutelle, n. 234.—Un tuteur ne peut, sans formalités, consentir que l'hypothèque de ses mineurs, soit transférée sur d'autres immeubles que ceux sur lesquels elle portait.

Toullier, t. 2, *n.* 1224.—Les causes les plus ordinaires pour autoriser l'hypothèque ou l'aliénation des biens des mineurs, outre le paiement d'une dette exigible et pressante, sont les réparations d'une nécessité urgente et constatée, le besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux.

A. Dalloz, tutelle, n. 441.—L'autorisation du conseil est nécessaire pour emprunter, aliéner ou hypothéquer, et dans ces trois cas, la délibération doit être homologuée. (Favard, V. tutelle, § 13 ; Maguin, n. 591 ; Dalloz (aîné), t. 12, p. 746, n. 65. *Contrà :* Locré.)

---

33 *Vic., ch.* 32, *sec.* 42. (1870.) } Acte pour pourvoir à la formation de compagnies pour l'empierrement des chemins.

Nonobstant toutes les dispositions du Code Civil à ce contraires et notamment les articles 297, 298, 343 et 953, il sera loisible à toutes corporations agrégés ou formées d'une seule personne, communautés, grevées de substitutions, tuteurs, curateurs, exécuteurs, administrateurs, et autres ayant-cause, ou personnes quelconques, non seulement pour eux-mêmes, leurs héritiers ou successeurs, mais aussi pour et de

la part de ceux qu'ils représentent, soit qu'ils soient nés ou à naître, aliénés ou idiots, femmes sous puissance de mari ou autre personne, ou personnes qui sont ou seront saisies ou en possession ou intéressées dans la terre ou terrain dont la dite compagnie a besoin pour les fins du dit chemin, de contracter pour et de vendre et transporter à la dite compagnie les dites terres ou terrains en tout ou en partie, dont la dite compagnie a besoin comme susdit pour les dites fins; et tous contrats, marchés, ventes, transports, garanties, à être ainsi faits, seront valides et valables en loi à toutes fins et intentions quelconques, nonobstant toute loi, statut, usage ou coutume à ce contraire; et toutes telles corporations ou communautés, ou toutes personnes quelconques, faisant tels transports comme susdit, sont par le présent justifiés de tout ce qu'ils pourront faire eux ou aucun d'eux respectivement en vertu et en conformité du présent acte.

---

* *C. N.*, 457. } Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille. Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation, qu'après qu'il aura été constaté par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

---

298. Cette autorisation n'est accordée que pour cause de nécessité, ou d'un avantage évident.

298. Such authorization can only be granted in cases of necessity or for an evident advantage.

Dans le cas de nécessité, le juge ou le protonotaire n'accorde son autorisation qu'après qu'il est constaté, par un compté sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

L'autorisation indique, dans tous les cas, les biens qui doivent être vendus ou hypothéqués, et toutes les conditions jugées utiles.

In the case of necessity, the judge or prothonotary grants his authorization only when it is established by a summary account submitted by the tutor, that the moneys, moveable effects and revenues of the minor are insufficient.

In all cases, the authorization indicates what property is to be sold or hypothecated, and any conditions deemed expedient.

Voy. les autorités citées sous l'art. précédent.

---

299. Cette vente, quoiqu'autorisée, pour être valable, doit être faite en justice, en présence du subrogé-tuteur, au plus offrant, sur enchères reçues publiquement par le tribunal, le juge, le protonotaire ou par une autre personne à ce commise, après publications faites au nombre et aux lieux idiqués par le décret d'autorisation.

299. The sale, although authorized, must, in order to be valid, be made judicially, in presence of the subrogate-tntor, to the highest bidder, by public auction before the court, jndge, prothonotary, or any other person specially appointed for that purpose, and after publications made at such times and places as are named by the judgment authorizing it.

---

* Voy. *Pothier*, *Personnes*, *tit.* 6, *sec.* 4, *art.* 3, § 2, *cité sous* l'article 297.

[ARTICLE 299.]

* *Pothier, Coutumes, tit.* 9, *no.* 16. } Si pour acquitter les dettes du mineur et prévenir la saisie réelle de ses biens, il était à propos de vendre quelque immeuble du mineur, le tuteur devrait en ce cas avoir recours au juge, qui, sur un avis de parens et en connaissance de cause, en ordonnerait la vente. Cette vente doit être faite en justice sur affiche et publications. au plus offrant et dernier enchérisseur. (*Arrêt de règlement du* 22 *Février* 1722.)

---

*Voy. *Ferrière, tutelles*, cité sous l'art. 297.

Id., ibid., part .4e. sec, 8*e*, § 5*e*.—Après que le juge a permis la vente, il faut faire faire des proclamations, des affiches, et mettre de la sorte aux enchères le fonds dont la vente doit être faite. *Godfroi, ad leg. ait prætor* 7, § *quœsitum* 8, *ff. minorib.* remarque après *Bartole* la nécessité des proclamations dans la vente des biens des mineurs : *hinc colligitur subhastationem esse necessariam in venditione bonorum minoris.* C'est dans les mêmes termes, que s'explique *Matthæus de afflictis decis.* 249, *num.* 2. Telle est aussi la jurisprudence du parlement de Paris, comme l'attestent *Carondas, en ses réponses, liv.* 11, *ch.* 21, *Bouchel, en sa bibliothèque du droit Français*, tôm. 3, sous le mot tutelle, pag. 910, col. 1, édit. de 1629, et le Journ. des Aud. tôm. 1, liv. 2, ch. 71, p. 110. Ed. de 1733 et tôm. 6, liv. 2, ch. 12, p. 118, Ed. de 1751.

A cette jurisprudence est conforme la doctrine que tient *Boutaric en ses Institutes Françaises, p.* 223 ; en sorte que la vente qui se trouverait destituée des dites solemnités, serait nulle, bien qu'elle fût utile au mineur.

Perezius, in lib. 5, *God. tit.* 71, *num.* 14.—Mais la difficulté dans les affiches et dans les proclamations des biens du pupille volontairement vendus, doivent être observées avec la même rigueur dont on use pour les décrets? L'affirmative est tenue par *Rebusse, in constit. reg. tract. de restitutionibus, art.* 2, *Gloss.* 7, *num.* 9; mais c'est ce qu'on ne suit pas au par-

lement de Toulouse, selon le *journ. du palais de Toulouse, tôm.* 1, *p.* 230, *Ed. de* 1758.

Il faut enfin que le juge ordonne que le contrat de vente sera passé à celui qui à été le plus offrant et dernier enchérisseur. Tel est l'usage, fondé sur la doctrine de *Carondas, en ses Réponses, liv.* 11, *ch.* 21. La raison le veut de même ; car dès que la vente doit être faite d' autorité du juge, il ne peut y avoir de vente jusqu'à ce que le juge l'ait prononcée.

Voy. *Meslé*, cité sous l'art. 297.

* *Id.*, *ch.* 8, *No.* 24, *p.* 192 } Un arrêt rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général Talon, le mardi 9 août 1630 et rapporté au premier tôme du Journ. des Aud., faisant droit sur les conclusions de M. le Proc.-Gén. du Roi, ordonna qu'après l'avis des parents pris pour l'aliénation des biens des mineurs, publications seraient faites au parc civil du Châtelet de Paris des choses à vendre, et affiches mises pour être ensuite procédé à l'adjudication au plus offrant et dernier enchérisseur, à peine de nullité ; duquel règlement l'exécution a été ordonnée par un autre arrêt du 25 Fév. 1722 au rapport de M. Pallu, conseiller, qui enterine des lettres de rescision prises par un fils mineur, contre la vente faite par sa mère sur avis de parents, et par contrat de particulier à particulier, de la moitié qu'il avait dans une maison qui lui était commune avec sa mère. Autre arrêt à l'audience du samedi, 4 Juillet 1722, plaidant Me Aubry pour les mineurs Appelants, et Me Perrinelle pour l'acquéreur intimé, sur les conclusions de M. Gilbert, qui dit que n'y ayant eu aucune formalité d'estimation de biens ni d'affiches et publication pour la vente, il y avait lieu à la restitution, nonobstant l'avis de parents, n'étant point certain que la maison eut été vendue son juste prix. Autre arrêt à l'audience du vendredi, 7 mai 1723, qui déclare nulle une aliénation de biens de mineurs, et enjoint au lieutenant civil d'ob-

server le règlement de l'année 1630. Or ce règlement de 1630 fut fait, dit Dufresne, conformément à un arrêt de l'année 1606 par lequel fut jugé que pour l'acquit des dettes des mineurs, *quando urgebat æs alienum, neque pccuniam pupilus habebat in numerato, vel in nominibus quæ c onveniri possent*, il n' était point nécessaire de faire procéder par saisie réelle, établissement de commissaire et criées pour vendret les biens des mineurs, et qu' une vente autorisée du décre, dujuge, sur avis de parents, après publications et affiches était suffisante. Cet usage est tiré de la loi *magis puto* 5 § *non passim et seq. De reb. eorum* et de la loi *Ob æs alienum* 12 *C. De prædiis et aliis reb. min.*

---

* Voy. *Argou* cité sous l'article 297.

---

* 1 *Malleville, p.* 411, *sur art.* 459, *C, N.* } Toutes ces formalités sont conformes à celles prescrites par les lois romaines,sous le titre de *prædiis min. sine decreto*,et par les arrêts de règlement.

---

* Voy. *S. R. B. C., ch.* 78, *s.* 23 cité sous l'art. 88.

* Voy. *Pandectes Françaises* citées sous l'art. 297.

---

* *C. N.*, 459. } La vente se fera publiquement en présence du subrogé-tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton.

Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées.

---

300. Les formalités exigées par les articles 298 et 299 pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point aux cas où un jugement a ordonné la licitation sur provocation d'un co-propriétaire par indivis : seulement en ce cas la licitation ne peut se faire que dans la forme prescrite par la loi. Les étrangers y sont admis.

300. The formalities required by articles 298 and 299 for the alienation of the property of a minor, do not apply to cases where a judgment, on the demand of a coproprietor, has ordored the licitation of individed property. But in these cases, the licitation can only be made in the form prescribed by law. Strangers are admited to bid.

---

* Voy. *Pothier*, *Personnes*, cité sous l'art. 297.

---

* *Pothier*, *Vente*, *No.* 516. } A l'égard des immeubles, nous avons déjà vu un cas auquel ils se vendent en justice, qui est celui de la licitation, lorsque parmi les co-héritiers ou co-propriétaires il y a quelques mineurs.

Si l'héritage dans lequel un mineur a une part indivise, ne peut être vendu qu'en justice, à plus forte raison celui qui appartient pour le total à un mineur, ne peut être vendu qu'en justice, dans le cas auquel le juge, sur un avis de parents, permet de le vendre, qui est celui auquel cette vente est nécessaire pour l'acquittement des dettes du mineur, et pour prévenir la saisie réelle de ses biens.

---

* *Pothier*, *Société*, *No.* 171. } Quelquefois les parties licitent entr'elles les choses qu'elles ont à partager, surtout les héritages, au lieu de les partager ; et cette licitation tient lieu de partage.

Liciter une chose, c'est l'adjuger au plus offrant et dernier

enchérisseur pour lui appartenir en entier, à la charge par lui de rapporter le prix pour lequel elle lui a été adjugée, pour être distribué entre les co-partageants pour la part que chacun d'eux avait dans la chose. (Voy. contrat de vente, part. 7, art. 7.)

Chacune des parties peut obliger les autres à souffrir la licitation, lorsque le partage ne se peut faire autrement, et qu'il n'y a pas assez d'héritages pour en faire autant de lots qu'il y a de co-partageants, surtout lorsqu'il n'y a qu'un seul corps d'héritage qu'on ne peut partager sans le déprécier.

On peut même y obliger les mineurs, mais il faut constater auparavant que le partage ne peut se faire autrement.

Lorsqu'il se peut faire autrement, et qu'il y a suffisamment d'héritages pour faire autant de lots qu'il y a de co-partageants, aucune des parties majeures ou mineures ne peut être obligée malgré elle à souffrir la licitation.

Lorsqu'entre les parties licitantes il y a quelques mineurs, la licitation ne peut se faire qu'à l'audience du juge, et on y doit admettre les enchères des étrangers.

Lorsque toutes les parties sont majeures, on n'admet les enchères étrangères que lorsque quelqu'une des parties le demande, et il n'est pas nécessaire d'aller devant le juge pour faire licitation.

---

* *Pothier, Communauté,* *No.* 710. } Lorsqu'il y a une partie mineure, la licitation doit se faire à l'audience du juge, elle doit être préalablement annoncée au public par des affiches et des publications, et on doit admettre les enchères de tous les étrangers qui voudront enchérir l'héritage licité.

---

4 *Pandectes Fraçanises, sur art.* 460, *C. N., p.* 588. } La raison de cet article, est que, dans ce cas, l'opération est forcée. Quoique la licitation soit regardée comme une

aliénation, le mineur ne peut pas l'empêcher : parce qu'aucun des co-propriétaires d'une chose indivise, ne peut être forcé de demeurer dans l'indivision, même avec un mineur.

Autrefois, il était d'usage de nommer, dans ce cas, au mineur, un tuteur *ad hoc*. Cela n'est plus nécessaire, d'après la disposition du Code civil, qui ne l'exige point. Il suffit que la licitation soit faite, en présence du subrogé-tuteur et en justice.

Le subrogé-tuteur nommé avant la promulgation du Code civil est habile pour cette opération. Si elle a été commencée avec un tuteur *ad hoc* on peut la continuer avec lui.

---

* *C. N.*, 460. } Les formalités exigées par les articles 457 et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un co-propriétaire par indivis.

Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précédent, les étrangers y sont admis.

---

301. [Le tuteur ne peut accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans autorisation sur avis du conseil de famille. L'acceptation n'a lieu que sous bénéfice d'inventaire. Accompagnée de ces formalités l'acceptation ou la renonciation a le même effet que si elle était faite par un majeur.]

301. [A tutor cannot accept or renounce a succession, which falls to his pupil, without authorisation being granted on the advice of a family council. The acceptance can only be made under benefit of inventory. Accompanied by these formalities the acceptance or renunciation has the same effect as if made by a person of age.]

2 *Freminville, tutelle. liv,* 5, *tit.* 1, *ch.* 4, *p.* 2. } La répudiation faite par le pupille sans l'autorisation de son tuteur est nulle. (*L.*5, *C. de repud. vel abst. hœred.*)

La loi 1 aux institutes, *lib.* 1, *tit.* 21, s'exprime ainsi : " *Neque tamen hœreditatem adire aliter possunt, nisi tutoris auctoritate* (*quamvis illis lucrosa sit*) *ne ullum damnum habeat.*)

Vinnius dit, sur cette loi: *meliùs meo judicio Cujac. et Hotom. legunt quamvis illis lucrosa sit*) *ne ullum damnum habeat, sine parenthesi.*

Cette décision fondée, sous le droit romain, sur ce que le mineur agissait sous l'autorisation de son tuteur, s'appliquerait à notre loi actuelle, en ce qu'elle prononcerait la nullité d'une renonciation faite non seulement par le mineur seul. mais encore par le tuteur que le conseil de famille n'aurait pas autorisé à renoncer.

Ainsi l'acception par le mineur seul ou par le tuteur non autorisé serait nulle, alors même qu'au moment où elle aurait eu lieu, la succession aurait été reconnue avantageuse.

L'acceptation d'une succession, dit Ferrière sur la loi précitée des Instituts (t. 1, p. 132) oblige envers les créanciers celui qui a accepté ; parce qu'une succession peut paraître avantageuse et ne l'être pas, mais se trouve rchargée de dettes qui ne paraissent d'ordinaire qu'après que l'héritier a appréhendé la succession : *Ne hœreditas, quæ ab initio lucrosa apparet, damnosa sit ex eventu ; si quidem onera hœreditaria non solent, nisi post aditam hœreditatem, emergere.*"

Sous l'ancien droit, les mineurs qui avaient accepté ou appréhendé l'hérédité pouvaient se faire relever de cette acceptation ou appréhension, au moyen de la *restitution en entier*. Aujourd'hui la restitution en entier, ou rescision, n'étant admise qu'en cas de *lésion*, elle ne pourrait être admise contre une acceptation régulière faite par le tuteur autorisé, car cette acceptation ne pouvant avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire, elle ne peut jamais comporter de lésion au préjudice du mineur.

Cependant, cette question a été controversée, même sous l'empire du Code civil.

La discussion repose sur l'application de l'art. 783 du Code civil, (art. 650, C. C. B. C.) lequel est ainsi conçu : " Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où cette acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui : il ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation :

D'une part, on soutient que si cet article ne parle que du majeur, il n'en laisse pas moins le mineur dans le droit général que lui attribue l'art. 1305 de demander la rescision pour simple lésion contre toutes sortes de conventions; qu'il est d'ailleurs impossible d'admettre que cet art. 783 ait voulu enlever au mineur la faculté de se pourvoir contre les obligations qui seraient entachées de dol et de fraude contre lui : qu'ainsi la lésion qui résulterait du dol ou de la fraude donnera certainement lieu à l'action en rescision de la part du mineur, alors même que la succession aurait été régulièrement acceptée sous bénéfice d'inventaire. Tels sont les motifs de la doctrine admise par MM. Duranton, Toullier, Vazeille et par des arrêts de la Cour de Rennes, du 29 Août 1837, et de la Cour de cassation, du 5 décembre 1838.

Quelque graves que soient ces autorités, nous ne pouvons nous rendre à leur discussion et adopter leur décision.

Nous nous empressons de reconnaître que la solution de la difficulté ne repose pas sur la règle *qui dicit de uno negat de altero*, appliquée à l'art. 783. Non, sans doute, cet article, quoiqu'il ne parle que du majeur, n'est pas absolument exclusif du mineur ; et sa disposition relative à l'acceptation déterminée par le dol ou par la fraude pourra être invoquée par le mineur au nom de qui la succession aura été acceptée

par suite d'un dol ou d'une fraude. Il faut le décider ainsi parce que le dol et la fraude sont des moyens de rescision en faveur de toutes personnes sans acception de majorité ou de minorité, mais dans ce cas, ce ne sera pas la *simple lésion* en elle-même qui motivera la rescision : cette rescision n'aura d'autre base que le dol et la fraude..

Id., *p.* 6.—Nous croyons donc devoir embrasser l'opinion de Chabot qui s'exprime en ces termes sur l'art. 783 : "L' héritier mineur ne peut accepter, ou l'on ne peut accepter pour lui valablement, que sous bénéfice d'inventaire, la succession qui lui est échue, et comme il ne peut jamais être lésé par cette acceptation, puisqu'elle ne l'oblige aux dettes que jusqu'à concurrence des biens, et que tous les actes qui tendraient à l'engager *ultrà* seraient absolument nuls à son égard ; il en résulte qu'il ne peut jamais avoir besoin du secours de la restitution contre l'acceptation qu'il a faite ou qui a été faite pour lui." Tel est également l'avis de Poujol.

Si l'acceptation, soit expresse, soit tacite, émane du mineur seul ou du tuteur non autorisé, elle est réputée ne pas exister, et elle ne s'oppose pas à ce que la répudiation soit régulièrement effectuée plus tard, mais dès l'instant où il y a eu *acceptation régulière*, la position du mineur est irrévocablement fixée ; il est héritier sous bénéfice d'inventaire.

Id, *p.* 9.—La disposition qui veut que l'acceptation n'ait lieu que sous bénéfice d'inventaire est impérative. La loi a voulu garantir le mineur du danger de l'erreur ou de la fausse appréciation qui pourrait égarer le tuteur ou le conseil de famille. Si donc le conseil de famille, sous le prétexte qu'il n'y a pas de dettes autorisait l'acceptation pure et simple, cette acceptation serait sans effet. (Chabot, des Succes. sur l'art. 776, n. 7.)

Sur ce point, le Code n'admet aucune distinction à l'égard du mineur émancipé. La succession qui lui est échue ne peut également être acceptée que par son curateur autorisé

[ARTICLE 301.]

par le conseil de famille, et seulement sous bénéfice d'inventaire.

C'est la loi elle-même qui imprime à l'acceptation le caractère d'acceptation *sous bénéfice d'inventaire*, caractère que les actes mêmes du tuteur ne peuvent modifier. En cela la loi constitue en faveur du mineur une garantie dont l'existence ne peut dépendre des faits du tuteur. Ainsi le mineur ne cesserait pas d'être héritier sous bénéfice d'inventaire, alors même que le tuteur aurait détourné des effets de la succession, ou aurait volontairement et de mauvaise foi omis de les comprendre dans l'inventaire, faits qui, dans les cas ordinaires, et aux termes de l'art. 801 du Code Civil, entraînent la déchéance du bénéfice d'inventaire.

C'est donc avec raison que par arrêt du 30 Août 1828, la Cour de Rouen a jugé qu'un mineur ne peut être déchu du bénéfice d'inventaire par l'administration de son tuteur (Dalloz 1830, 2, 149) ; et que la Cour Royale de Bordeaux a rendu l'arrêt suivant, le 1er mars 1832 : " Encore bien que le tuteur après avoir accepté pour le mineur une succession sous bénéfice d'inventaire, ait omis de faire inventaire, cette omission n'a point pour résultat de rendre le mineur, devenu majeur, héritier pur et simple, à moins qu'on ne prouve que, depuis sa majorité, il a fait acte d'immixtion."

Id., p. 12. } Si l'un des héritiers étant mineur, les autres sont majeurs, l'acceptation au nom du premier n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire, quoique les majeurs puissent accepter purement et simplement ou ne se porter eux-mêmes héritiers que sous le même bénéfice d'inventaire.

Dans ce concours possible d'héritiers purs et simples et d'héritiers sous bénéfice d'inventaire, c'est la position des créanciers de la succession qui doit surtout fixer l'attention car c'est sur eux que le bénéfice d'inventaire exerce sa principale influ-ence.

Il a été décidé que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire

avait pour effet immédiat d'opérer au profit des créanciers de la succession la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier bénéficiaire. (Arrêt des cours de Riom, du 8 Août 1828. (Dalloz, 29, 2, 51,) et de cassation du 18 Juin 1833. (Dalloz, 33, 1, 233). C'est une conséquence du principe que le bénéfice dinventaire met les biens personnels de l'héritier en dehors des charges de la succession. Pourquoi astreindre les créanciers du défunt à demander la séparation des patrimoines, alors que, par la seule force du bénéfice d'inventaire, la confusion de ces patrimoines est impossible ?

Cette décision a dû être admise pour le cas même où l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'existerait que de la part d'un seul héritier.

L'indivisibilité de la séparation des patrimoines force à l'admettre à l'égard de tous les héritiers ; car le bénéfice d'inventaire réclamé par l'un des héritiers fait naître au profit des créanciers le droit de séparation sur *tous les biens de la succession*, quelque soit le nombre et la position des autres héritiers. (Voir les arrêts ci-dessus).

Lahaye sur art. 461, C. N. } *Victor Augier*, Encycloped. des jug. de paix. art. 3, N. 2.—Delvincourt pense que la délibération doit être homologuée par le tribunal. Il se fonde sur ce que la répudiation est l'aliénation d'un droit acquis, et sur ce que l'acceptation peut emporter aliénation, puisqu'elle oblige le mineur au rapport, et qu'il peut, en outre, en résulter obligation des biens du mineur (*contrà* : Duranton, t. 3, N. 577 : Cassation, 22 Nov. 1815).

Acceptation de succession. —La disposition de cet article doit s'étendre aux legs universels, ou à titre universel, dont l'acceptation pure et simple entraînerait l'obligation d'acquitter les dettes et charges de l'hérédité, quant aux legs à titre particulier, faits sans charges, comme le légataire n'est

point tenu des dettes de la succession, le défaut d'autorisation du conseil de famille, à l'effet de demander la délivrance du legs, ne peut avoir pour le mineur, les mêmes conséquences que lorsqu'il s'agit d'une donation. Si les héritiers du testateur se refusaient à la faire pour cette cause, on serait toujours à même d'autoriser le tuteur ; et le mineur, devenu majeur, pourrait toujours accepter, ainsi que ses héritiers, dans le cas où il viendrait à mourir, le legs étant transmissible : au lieu que pour la donation, la mort du donateur, ou celle du mineur, ou le changement de volonté du premier avant une acceptation régulière, la rendrait absolument vaine (Code civil, arts. 776, 1012, 1014, 1024, 932). L'autorisation du conseil de famille n'a pas besoin d'être homologuée par le tribunal. Ce n'est pas ici le cas des arts : 457, 458 et 467 du Code Civil (Duranton, N. 577; Rolland, N. 214 ; Toullier, t. 2, N. 1236, *contrà* : Delvincourt, t. 1, note 8 de la p. 126). L'intérêt du mineur est le seul guide des magistrats qui président les conseils de famille lorsqu'il s'agit d'accepter ou de répudier une succession. Cet intérêt pourrait être compromis par une répudiation faite légèrement sans un examen approfondi de la consistance de la succession.

---

* Voy. *Zachariæ* cité sous art. 302.

C., N. 461. } Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.

---

302. [Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'a pas été acceptée par un autre, elle peut être reprise soit par

302. [In any case where a succession renounced in the name of a minor has not been accepted by any one else, it may be after-

le tuteur autorisé à cet effet, sur nouvel avis du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouve lors de la reprise et sans pouvoir attaquer les ventes ou autres actes qui ont été légalement faits pendant la vacance.]

wards accepted either by the tutor duly authorized on the advice of a family council consulted anew, or by the minor become of age; but it is so taken in the state in which it is then, and the sales or other acts legally made during the vacancy cannot be questioned.]

---

* 2 *Freminville*, *Tutelles*, No. 559 *et suiv.*, *sur art.* 462, *C. N.* } Le respect pour les droits acquis durant la vacance doit-il exister non seulement à l'égard des droits résultant des *ventes et autres actes* qui auraient été faits, comme le porte l'art.462, mais encore par rapport aux droits résultant de la *prescription* acquise à des individus non héritiers ?

Les termes même de l'art. 790, C. Civ. répondent *affirmativement* à cette question. Cet article, il est vrai, ne parle pas expressément du *mineur*, mais il est, à ce cas de prescription près, la reproduction de l'art. 462, et, par sa généralité, même il s'applique à tous héritiers majeurs ou *mineurs*.

Il ne saurait être question, dans ce cas, de la suspension de la prescription à l'égard des mineurs, car l'étranger possesseur ne prescrivait que contre les héritiers propriétaires, et non contre le mineur, qui avait perdu ce caractère d'héritier par la renonciation. La loi a bien voulu accorder la faveur de revenir sur cette renonciation ; mais elle a voulu maintenir les droits que cette renonciation aurait laissé acquérir à des tiers même par l'effet de la prescription.

Il résulte de l'art. 462 que si le mineur au nom duquel on a renoncé, avait dans sa ligne des co-héritiers qui eussent accepté la succession, il ne pourrait plus revenir contre sa re-

nonciation. En effet, l'acceptation des co-héritiers du mineur les a saisis de tous leurs droits héréditaires dans lesquels la part du renonçant s'est trouvée comprise de plein droit, du jour même de la renonciation, par le seul effet de cette renonciation et par voie *d'accroissement*. (Chabot sur art. 790, n. 1 ; Duranton, t. 6, n. 507.)

Aucun doute que si, à défaut de co-héritier dans la même ligne, la part du mineur renonçant a été dévolue à des parens d'un degré subséquent qui ont accepté, il n'y a plus à revenir contre la renonciation.

Quid si, après la renonciation de l'héritier mineur, la succession avait été acceptée par un individu qui, en réalité, n'était pas héritier, ou qui, quoique héritier du défunt, ne l'était pas dans la ligne du renonçant, et ne pouvait ainsi recueillir légalement la part qui était afférente à ce dernier ?

Il faudrait décider que le droit émanant non pas de l'acceptation, mais de la qualité d'héritier, cette acceptation complétement nulle ne produirait aucun effet et n'empêcherait pas de revenir sur la renonciation et de se porter héritier ; à moins cependant que la possession du prétendu héritier n'eut duré trente ans avant l'acceptation de l'héritier qui avait renoncé, cas auquel la prescription serait acquise contre ce dernier. Il importerait peu que la possession eut reposé sur le titre mensonger d'héritier, car elle n'en aurait pas moins été exercée à titre de *propriétaire*, et cela suffisait pour opérer la prescription.

La loi n'admet aucune distinction entre le cas où la succession aurait été acceptée par un successeur irrégulier et celui où elle aurait été recueillie par un héritier ayant la saisine. Le caractère d'*héritier* suffit pour que l'acceptation fasse obstacle à ce que tout autre héritier quelconque puisse être relevé de sa renonciation.

[No. 594.] L'art. 790 établit que le droit d'accepter, même après une renonciation, ne peut être exercé que pendant trente

ans. Cette disposition est conforme aux principes de la prescription extinctive des droits.

Les héritiers de celui qui a renoncé ont, comme ce dernier, le droit d'accepter pendant trente ans, tant que d'autres n'ont pas accepté. C'est effectivement un droit qui n'est pas exclusivement attaché à la personne et qui se transmet au contraire, aux héritiers.

Si une succession échoit à une femme mariée,mais encore mineure, l'autorisation de son mari n suffira pas pour l'acceptation de cette succession. Le mari ne peut seul autoriser sa femme à s'obliger personnellement envers les créanciers de la succession et envers les légataires. D'ailleurs, le droit qu'a le mari d'autoriser sa femme à ester en justice ne peut être confondu avec le droit d'autoriser à accepter une succession, autorisation qui doit émanner d'un conseil de famille. Il est bien vrai que, par le mariage, la femme a été émancipée mais cette émancipation ne l'empêche pas d'être mineure et, comme telle, d'être astreinte aux conditions imposées aux mineurs pour l'acceptation d'une succession. Seulement le mari devra être considéré comme tenant lieu de curateur à sa femme, et c'est lui qui, avec l'autorisation du conseil de famille, devra accepter la succession. (Duranton, t. 6, n. 433).

Lebrun dit (Success., p. 560. nomb. 32.) " Si le tuteur s'étant porté héritier pour son mineur a dissipé les biens de la succession, le mineur n'en souffrira pas, mais devra seulement céder ses actions aux créanciers, suivant la loi dernière *ff. de adm. tut.*"

Cette décision pour le cas où l'acceptation émanait non pas au mineur autorisé par son tuteur, ainsi que cela aurait dû être, mais seulement du tuteur, se rapporte parfaitement au cas où l'acceptation, sous l'empire du Code civil, aurait été faite par le tuteur non autorisé par le conseil de famille

Il faudrait donc dans ce dernier cas, et si le tuteur avait

dissipé les biens de la succession par lui irrégulièrement acceptée, admettre la décision de Lebrun.

L'héritier qui, après avoir renoncé, est admis à accepter la succession, a le droit de demander compte au curateur nommé à cette succession, ou à quiconque aura administré les biens, et de se faire restituer les fruits.

Le retrait successoral au nom du mineur ne peut être exercé par le tuteur sans l'autorisation du conseil de famille. Ce retrait constitue en effet une action immobilière, et le tuteur ne peut agir seul qu'à l'égard des actions mobilières.

---

* 4 *Pand. Frs., p.* 590 *et suiv., sur arts.* 461 *et* 462, *C. N.* } Quelques tribunaux, dans leurs observations, se sont élevés contre ces dispositions. Celui de Riom, surtout, les critique avec force et même avec une sorte d'aigreur.

Il dit que la disposition qui porte, qu'une succession ouverte au profit du mineur, ne pourra jamais être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, pourvoit à ses intérêts, plus qu'à sa délicatesse, et à l'honneur qu'il doit à son parent: "mais enfin, ajoute-t-il, voilà son intérêt à couvert. Pourquoi, demande-t-il ensuite, lui donner moins de faveur qu'à cet autre héritier avide et cauteleux, qui aura surpris sa répudiation, pour le dépouiller? Ne vaudrait-il pas mieux dire, que, par la même raison de l'article précédent aucune succession ne pourra être répudiée par le mineur?

Nous répondrons, que quant à l'art. 455 (461), il semble que la délicatesse du mineur n'est pas plus blessée, par la nécessité de n'être héritier que sous bénéfice d'inventaire, que par la facilité que lui laissait l'ancien usage de se faire restiuer contre l'acceptation. Nous ajouterons que la nouvelle loi supprime tout motif de contestation, ce qui est toujours un grand bien.

A l'égard de l'art. 456 (462), il est certain qu'il introduit un droit nouveau et extraordinaire. Mais on ne voit pas ce

qu'il présente de dangereux pour le pupille. Ce n'est pas l'héritier, qui le suit en degré, qui détermine le mineur à répudier la succession ouverte. C'est le tuteur, d'abord qui en examine les forces C'est la famille, ensuite, qui, après vérification, autorise la répudiation. Il faut convenir qu'il y a peu de danger pour la surprise.

Le mineur ne serait donc lésé, que par la disposition qui ne l'admet à reprendre la succession, que dans le cas où elle n'a point été acceptée, depuis la répudiation, et seulement, dans l'état où elle se trouvera.

Mais, si ce droit est nouveau, il est incontestable qu'il n'est pas sans raison. Il importe à la société que les affaires, et les propriétés, ne restent point trop longtemps incertaines. Les anciennes lois donnaient une trop grande latitude à la faveur accordée à la minorité.

Quoiqu'il en soit, il résulte de l'art. 455 (461), que, quand même le tuteur aurait accepté purement et simplement, en faisant, sans réserve, au nom du mineur, acte d'héritier ; quand même il n'aurait point fait au greffe, la déclaration, qu'il accepte, sous bénéfice d'inventaire, le pupille ne sera jamais qu'héritier bénéficiaire.

Soit le tuteur, soit le mineur lui-même, pourront toujours offrir le compte, ou se décharger des dettes, en abandonnant les biens.

Il en résulte de même, que toutes les fois qu'une succession sera ouverte, au profit d'un mineur, il ne se fera confusion, ni des patrimoines, ni des créances du mineur, contre la succession.

Il en sera de même à l'égard du mineur émancipé. L'émancipation ne lui attribue que l'administration de ses immeubles, et la disposition de ses meubles. Elle ne lui donne pas l'entière capacité du majeur. Il ne sera donc toujours qu'éritier bènéficiaire. C'est la loi même qui fixe sa qualité.

Que faudra-il décider, si depuis la majorité acquise, il n'exprime point son intention ? Il faut distinguer.

Si la succession a été acceptée par le tuteur, sous bénéfice d'inventaire, il nous parait évident que le mineur qui acquiert sa majorité ne peut devenir héritier pur et simple, que par une déclaration expresse, jusques-là il ne change point de qualité. Les créanciers peuvent le forcer de s'expliquer, en l'assignant, à fin de reddition de compte.

Si le tuteur n'a fait aucune déclaration expresse, ce n'est que comme mineur que la loi attribue au pupille le bénéfice d'inventaire. Si donc, depuis sa majorité, il agissait comme héritier pur et simple, il en acquerrait irrévocablement la qualité. Il y aurait addition d'hérédité, de la part d'un majeur.

Que s'il stipulait, dans un acte, comme héritier, sans réserve, sans y faire mention du bénéfice d'inventaire, il n'y aurait aucune espèce de doute.

Quid si le tuteur n'avait point fait faire d'inventaire de la succession, ouverte au profit du mineur ?

Il faut décider que la négligence du tuteur ne pourrait point faire perdre au pupille le privilège que la loi lui accorde. Il faudrait alors constater les forces de succession, par enquête à la commune renommée, sauf les actions en dommages-intérêts, contre le tuteur.

Au reste, cet article rend presque nul le danger que quelques tribunaux, et surtout celui de Riom, ont cru voir, dans le suivant ; car il y aura bien peu d'intérêt pour le mineur de renoncer à une succession. On ne prendra presque jamais ce parti, à moins qu'elle ne soit tellement mauvaise, que personne ne se souciera de l'accepter.

---

* I *Malleville, p.* 412. 413 *sur arts.* 461-2-3, *C. N.* } La section de législation avait réuni les divers cas, sur lesquels ces trois articles statuent, dans un seul ainsi conçu : " Le tuteur

peut en aucun cas, répudier, soit une donatiou, soit une succession échue au mineur; mais son acceptation pure et simple, ou sous bénéfice d'inventaire, ne préjudiciera point à la faculté que le mineur, devenu majeur, aura soit d'accepter, soit de répudier.

Cet article, absolument opposé à celui qui y correspond dans le projet de Code, était motivé sur ce que le tuteur ne pouvait pas, même provisoirement, priver son pupille d'uue libéralité quelconque.

On observa que cette privation, n'était pas réelle, puisqu'à sa majorité le mineur pouvait reprendre la succession, et que si le tuteur n'avait pas iberté de répudier, il pourrait arriver que la succession fût tellement onéreuse, que le tuteur serait obligé de dépenser une partie du patrimoine du pupille pour la liquider.

Cette dernière considération détermina le conseil à rédiger les trois articles de la manière qu'ils sont conçus; la délibération préalable du conseil de famille, doit prévenir, autant qu'il est possible, tous les inconvénients.

---

* 6 *Locré*, *Esprit du Code*, *p.* 278 *et suiv.*, *sur art.* 462, *C. N.* } Il est certain, cemme l'observait la cour de Cassation que, par cet article, on n'a fait qu'appliquer au mineur la faculté que l'article 790 donne à tout héritier, même au majeur.

La cour d'appel de Paris aurait désiré qu'à la différence du majeur, le mineur pût reprendre la succession, quoiqu'elle eut été acceptée par un autre. " On ne voit pas, disait-elle, pourquoi cette limitation contraire aux règles généralement et invariablement suivies jusqu'à ce jour. On a craint, sans doute de laisser les co-héritiers du mineur, ou les successibles d'un degré subséquent, dans une trop longue incertitude ; mais cette crainte doit-elle prévaloir sur les intérêts du mineur, toujours si précieux aux yeux de la loi ? Si l'on

croyait devoir conserver cette disposition, au moins faudrait-il assurer le recours du mineur contre un tuteur et des parens qui, par une crainte excessive ou faute d'examen, peut-être par corruption, lui auraient fait répudier une succession avantageuse."

Les cours d'appel de Poitiers et de Toulouse présentaient les même observations. La première voulait cependant que le mineur fût tenu de réclamer dans les trois ans de sa majorité.

Ces proposions n'ont pas été adoptées : l'intérêt public se trouve compromis par l'incertitude de la propriété qui empêche d'augmenter et d'améliorer les biens, et cet intérêt doit l'emporter sur celui du mineur, quelque précieux qu'ils soit.

Quant au recours du mineur contre le tuteur et les membres du conseil de famille ; il est certainement ouvert, s'il y a eu dol ; mais au-delà, la décision du conseil de famille met à couvert la responsabilité du tuteur, et le conseil lui-même n'est jamais plus responsable de son opinion, quand, d'ailleurs, il a été de bonne foi, que ne le sont les tribunaux dans les mêmes circonstances.

Je ferai remarquer, en terminant, que, l'article 462, en fixant les seules conditions sous lesquelles le mineur peut reprendre une succession répudiée, l'exclut, à cet égard, de la restitution pour cause de lésion.

---

* 1 *Zachariæ par Aubry*, *p.* 229. } Le tuteur ne peut accepter, ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation ne doit avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. Arts. 461 et 462. Ces dispositions s'étendent au cas où le mineur a été institué légataire universel, ou à titre universel.

(Note.)—*Quid juris*, dans le cas où le tuteur a accepté la succession purement et simplement ? Le mineur pourra se faire restituer contre son acceptation et le tuteur devra, selon les circonstances, être condamné aux dommages-intérêts des créanciers.

* *C N.*, 462. } Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise, soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur ; mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits pendant la vacance.

---

303. La donation faite au mineur peut être acceptée par son tuteur ou un tuteur *ad hoc*, par ses père et mère ou autres ascendants, sans qu'il soit besoins d'aucun avis de parens pour rendre valable cette acceptation,

303. Gifts made to a minor may be accepted by his tutor, or a tutor *ad hoc*, or by his father, mother, or other ascendants : such acceptance being valid without the advice of any family council.

---

* *Ord. des donations*, 1721, *art.* 7. } Si le donataire est mineur de vingt cinq ans, ou interdit par autorité de justice, l'acceptation pourra être faite pour lui, soit par son tuteur ou curateur, soit par ses père ou mère ou autres ascendants, même du vivant du père et de la mère, sans qu'il soit besoin d'aucuns avis de parents pour rendre la dite acceptation valable.

---

* *Meslé*, *ch*- 9, *no.* 6, *p.* 231. } Quoique la loi *de auct. et consensu tut. vel cur.* dise qu'un mineur puisse sans l'autorité du tuteur acquérir, ou en stipulant à son profit, ou en recevant quelque chose par la délivrance qui lui en est faite, *ad quire autem sibi stipulando. et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest*, ce que la loi 1 au C. *de aut. præstanda* leur permet pareillement. L'Ordonnance des donations du mois de Février enregistrée en parlement

le 9 mars 1731, veut que les donations faites aux mineurs, aux interdits, aux femmes mariées, aux Eglises ou hôpitaux, pour être valables, soient acceptées par leurs administrateurs

---

* *Ricard donations, ch. 4, sec. 1, No. 852.* } Néanmoins à l'égard des mineurs, notre usage fondé sur les arrêts de la Cour, les a dispensés de cette rigueur, et (l'acceptation) est non seulement jugée bonne et valable, quand elle est faite par un tuteur de sa seule autorité ; mais aussi lorsqu'elle est faite par un père en sa qualité de père et de légitime administrateur, dont il y a arrêt du 2 Août 1601 donné au rapport de M. Louët, qui se trouve parmi les arrêtés de la cinquième chambre des enquêtes.

[*No.* 855.] Il s'en faut pourtant tenir à l'usage ; puisqu'il est constant, qu'il y a plus de péril à vouloir rétablir les choses dans la dernière régularité, que de les laisser dans la pratique en laquelle elles sont, lorsqu'il n'en résulte pas une injustice toute évidente, à cause de la multiplicité des procès et des grandes contestations qui naissent des changements de la jurisprudence : n'y ayant pas d'inconvénient, que les pères passent parmi nous comme les tuteurs légitimes de leur enfants à *l'instar* de ce qu'ils sont établis tels par la disposition expresse de quelques coutumes pu royaume.

[856.] Aussi la Cour l'a encore depuis jugé en plus forts termes, en attribuant à l'aïeul un pareil droit qu'elle avait fait au père dans l'espèce d'une donation faite par le nommé Sisterne, de tous ses biens, au profit de ses enfants nés et à naître, qui fut déclarée valable, par arrêt donné en l'audience de la Grand-Chambre, de relevée, le 16 mai 1653 quoiqu'elle n'eut été acceptée que par l'aïeul ; la partie qui la contestait était un cabaretier, qui avait obtenu longtemps après la donation, une sentence portant condamnation de lui payer la somme de 900 livres, et fait saisir réellement en vertu de la donation, une maison qui faisait partie des choses comprises

en la donation, en conséquence de laquelle les enfants donataires s'étant opposés afin de distraire, la distraction fut jugée en leur faveur, par sentence des requêtes du palais confirmée par l'arrêt.

Il y a aussi dans le Journal du Palais, un arrêt du 5 juillet 1677, donné en Tournelle civile, qui a déclaré bonne l'acceptation qu'un aïeul avait faite d'une donation en faveur de son petit-fils mineur, dont le père était vivant ; la proximité du sang leur servait de procuration suffisante pour accepter ce qui est avantageux à leurs enfants, qui n'ont pas encore assez de discernement. Il y a un autre arrêt du 7 mai 1677, en la cinquième des Enquêtes au rapport de M. Brodeau, lequel a confirmé une donation faite par un père à son fils absent, et à sa mère survivante, en cas qu'il décède sans enfants, laquelle a été acceptée par la mère, sans qu'elle fût autorisée de son mari : mais on répondait que ce défaut d'autorisation n'était pas considérable, lorsqu'il s'agit d'un contrat avantageux, et que le fils donataire avait joui longtemps des choses à lui données par son père, dont il était l'unique héritier, ce qui était une acceptation tacite. Messieurs Mainard, *livre* 7 de ses notables questions de droit, c. 85 et 86, de la Rocheflavin, liv. 6, tit. 40, art. 3 et de la Cambolas liv. 5, ch. 7 témoignent que l'usage du Parlement de Toulouse, est non seulement d'approuver les acceptations qui sont faites par les pères pour leurs enfants, mais même de restituer les mineurs jusques à l'âge de vingt cinq ans, et l'Eglise du défaut d'acceptation.

---

* 1 *Sallé*, *Esprit des Ord.*, *sur art.* 7, *Ord.* 1731. } Cet article en faisant l'énumération des personnes qui peuvent accepter pour le mineur ou pour l'interdit, savoir, son tuteur ou curateur, ses père et mère, autres ascendans) exclut tacitement le mineur de pouvoir lui-même accepter valablement une donation, quand bien même il serait en état de déclarer

sa volonté et de signer. En effet, le mineur n'étant point capable de s'obliger, son acceptation serait insuffisante pour assurer la permanence et l'irrévocabilité de la donation. C'est l'avis de Ricard.........

Soit par ses père ou mère.—Arrêt du 2 Août 1601, donné au rapport de M. Louët, qui a jugé bonne et valable l'acceptation d'une donation faite, par fils mineurs, par père non tu teur, en sa qualité de père et de légitime administrateur. Cet arrêt se trouve parmi les arrêtés de la 5e chambre des enquêtes. La raison qui a servi de fondement à cet arrêt est qu'un père est censé procureur-général de son fils mineur. Il y a même parmi nous, quelques coutumes qui out établi, par des dispositions expresses les pères tuteurs légitimes de leurs enfants mineurs : et si on en usait autrement, les mineurs destitués de tuteurs seraient incapables de profiter des donations faites en leur, faveur...

Sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens pour rendre l'acceptation valable.—Ricard ne pense point que régulièrement un tutenr puisse accepter une donation pour son mineur sans un avis de parens, confirmé par le décret du juge.

Les tuteurs, dit-il, n'ont que l'administration des biens des mineurs : par conséquent l'acceptation qu'ils feraient seuls, ne serait pas capable de lier ceux au nom desquels elle serait faite, et ainsi elle ne se trouverait pas être de la nature requise pour donner l'accomplissement à une donation entrevifs, c'est-à-dire, pour la rendre irrévocable ; et ce sentiment avait servi de règle au Châtelet où communément on faisait créer au mineur, déjà pourvu d'un tuteur, un nouveau tuteur *ad hoc*, pour accepter la donation.

Cependant Ricard convient que notre usage, fondé sur les arrêts de la Cour, a dispensé les mineurs de cette rigueur, et il ajoute *qu'il faut s'en tenir à cet usage.*

Nous avons en effet, entre autres un arrêt du 19 Juillet

1698, qui a jugé bonne et valable l'acceptation faite par le curateur de l'émancipé, en cette qualité, et sans nouvelle autorisation.

---

* *C. N.*, 463 } La donation faite ou mineur ne poura être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Elle aura à l'égard du mineur le même effet qu'à l'égard du majeur.

---

304. Les actions appartenant au mineur sont portées au nom de son tuteur, sauf celles pour gages que le mineur âgé de quatorze ans peut intenter seul jusqu'au montant de [cinquante piastres].

Nulle action portée par le tuteur n'est maintenue, s'il ne justifie de l'enrégistrement préalable de l'acte de tutelle.

304. Actions belonging to a minor are brought in the name of his tutor, except those for wages which minors when of the age of fourteen years may bring alone to the amount of [fifty dollars.]

No action brought by a tutor can be maintained unless he shows that the act of tutorship has been registered.

S. R. B. C., *ch.* 82 *sec.* 35. } Toute personne âgée de moins de vingt-un ans, mais qui a plus de quatorze ans, peut intenter toute action dans la Cour de Circuit à l'endroit qu'il appartient pour toute somme d'argent n'excédant pas vingt cinq piastres, à elle due pour gages, et cela de la même manière que si cette personne était majeure. (12 V., c. 38, s. 76.)

---

* *S. R. B. C.*, *ch.* 37, s. 33- } Aucune action ne sera intentée ou maintenue par le mari pour aucune cause d'action dérivant de son contrat de mariage, dont l'enrégistrement est requis en vertu de cet acte, ou par le tuteur d'un mineur ou curateur d'une personne inter-

dite, qu'après l'enregistrement par sommaire ou tout au long de tel contrat de mariage, ou de la nomination du dit tuteur ou curateur. (4 V., c 30, s. 24, etc.)

---

* *S. R. B. C., ch.* 94, s. 21. } Toute personne au-dessous de vingt et un ans, mais au-dessus de quatorze ans, pourra poursuivre devant une cour de commissaires, pour le recouvrement de toute somme d'argent n'excédant pas vingt cinq piatres, à elle due pour ses gages, tout comme si elle eût atteint l'âge de majorité. (7 V., c. 19 *s.* 5.)

---

1 *Pigeau, liv. part.* 1e, *tit.* 1, *ch.* 3, *art.* 2, *p.* 67 } Lorsqu'il s'agit d'actions concernant le commerce ou la profession d'un mineur, il peut intenter seul celles dont il est besoin pour la questton de ce commerce ou de cette profession : ainsi un commerçant ou banquier le peut, l'art. 6 du titre premier de l'Ord. de 1673 le réputant majeur à cet égard : ainsi, un officier le peut pour ce qui dépend de son office ; ainsi, enfin, un commis, ouvrier ou domestique le peut pour demander ses gages ou salaires.

---

305. Le tuteur ne peut provoquer le partage définitif des immeubles du mineur, mais il peut, même sans autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur.

305. A tutor cannot demand the definitive partition of the immoveable property of the minor, but he can, even without authorization, defeud an action of partition brought against such minor.

---

* *Pothier, Communauté, No.* 695. } Lorsqu'une partie est mineure, elle pent bien ou par son tuteur, on par elle-même, lorsqu'elle est émancipée, demader le partage des biens mobiliers de la communauté, elle peut deman-

der un partage provisionnel des biens immeubles, c'est-à-dire un partage qui assigne à chaque partie, la jouissance de certains biens, pour en jouir divisement jusqu'au partage définitif ; mais un mineur ne peut pas valablement demander un partage définitif des immeubles.

La raison est, que le partage des immeubles qui se ferait sur la demande de ce mineur, renfermerait une disposition que ce mineur ferait de la part qu'il a dans les dits biens immeubles ; or, les lois interdissent aux mineurs toutes dispositions de leurs biens immeubles.

Id., No. 296. } Quoiqu'un mineur ne puisse pas lui-même provoquer les autres parties à un partage définitif des biens-immeubles, il peut être provoqué à ce partage définitif, par une partie majeure ; et ce partage définitif, faite sur la demande d'une partie majeure, est valablement faite avec le mineur.

La raison est, que les lois qui interdissent aux mineurs la disposition de leur biens-immeubles, en acceptant celles qui sont nécessaires ; elles ne leur interdissent que celles qui sont volontaires. Un partage qui se fait sur la demande d'un mineur, est une disposition qu'il fait de ses immeubles, qui est volontaire, puisque rien ne l'obligeait de donner cet demande ; mais lorsque le partage se fait sur la demande d'un majeur qui a provoqué le mineur au partage, la disposition que le mineur fait par ce partage, de la part qu'il a dans ces immeubles, est une disposition nécessaire ; car la demande qui a été donnée contre lui aux fins de partage, est une chose qui ne dépendait pas de lui, et qu'il n'a pu empêcher.

---

* *Pothier, Société, No.* 164. } Lorsque dans les biens dont la communauté est composée, il y a des immeubles, les mineurs n'en peuvent pas demander le partage ; mais les majeurs peuvent demander le partage de ces immeubles, même contre les mineurs, et le faire ordonner avec

eux. La raison est que le partage des immeubles de la part de celui qui le demande, est une disposition volontaire qu'il fait de ses droits immobiliers ; car il tenait qu'à lui de ne pas demander le partage. Or il n'est pas permis aux mineurs de disposer de leurs biens immeubles durant leur minorité: mais le partage vis-à-vis celui à qui il est demandé, est une disposition nécessaire, puisqu'il ne pouvait pas empêcher la demande en partage. Or les lois qui défendent au mineurs d'aliéner et de disposer de leurs immeubles, ne conprennent par les dispositions et les aliénations nécessaires. Le majeur qui est en communauté avec un mineur, ne doit pas souffrir de sa minorité ; *ad divisionis causam provocante tantummodo majore socio, ejus alienationem sine decreto fieri jam pridem obtinuit ; L. 17. Cod. de præd. min.*

---

* *Voy.. Pothier Personnes,* cité sous l'article 297.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit. 4, art. III.* } Les mineurs, quoiqu'autorisés de leur tuteur, ne peuvent provoquer le partage des immeubles.

---

* *Lebrun, Successions, liv. 4, ch. 1, art. 24.* } De plus il faut que ce soit un majeur qui provoque le partage avec lui, suivant la loi *si pupilli 7 ff, de reb. eor. qui sub. tut sine decr. nom alien.* et la loi *inter omnes C. de præd. min......* Voyez Tronçon sur l'art. 305 de la Cout. de Paris, et Imb. en son Enchirid, *verb.* mineur, p. 142, cela passe pour maxime et est d'usage. Mais cela ne parait pas sans exception. Car si le cohéritier qui est majeur dégrade les biens de la succession, pourquoi le mineur assisté de son tuteur ne pourra-t-il pas demander partage ? Et faut-il, en ce cas, qu'une disposition établie en faveur des mineurs, tourne à leur préjudice ? Que si des associés, qui sont convenus de ne point faire de partage pendant un certain temps, peuvent rompre cette convention

quand quelques-uns d'entre eux en usent mal, suivant la loi *Si convenerit* 14 *ff. pro. Socio*, pourquoi cela ne serait-il pas permis au mineur ? Aussi Bartole applique cette loi, même à notre espèce, et dit que ce texte est *utilis ad questionem quod pupillus non potest provocare ad divisonem socium, quod intelligitur nisi pupillus habeat socium odiosum vel molestum* Alexandre vol. 5, cons. 7, n. 16 et 17 est du même avis. Mais en ce cas il faut une sentence du juge de la tutelle, suivant la loi pénultième *C. de præd. et aliis reb. min. sine decreto non alien.*

---

* 1 *Malleville*, *p.* 414, *sur art.* 466 *C. N.* } Par l'ancienne jurisprudence, tout partage fait avec un mineur, quelque précaution que l'on prît, n'était jamais que provisionnel et le mineur devenu majeur pouvait dans les dix ans, en demander un autre.

---

* 4 *Pandectes Françaises*, *sur art.* 466, *C. N.* } Suivant notre ancienne jurisprudence, conforme en cela au droit écrit, ni le mineur, ni son tuteur ne pouvaient provoquer le partage, parce que c'est une sorte d'aliénation : il pouvait seulement l'être contre lui, par la raison que personne ne peut être forcé de rester dans l'indivision.

La disposition du Code est plus salutaire et plus avantageuse, parce qu'il peut souvent être très-intéressant pour le pupille de sortir de l'indivision. Cette disposition a consacré le sentiment de Godefroy et de Lebrun qui pensaient que l'on pouvait provoquer le partage au nom du mineur, en cas d'évidente utilité.

---

306. Le tuteur ne peut appeler d'un jugement qu'après y avoir été autorisé par le juge ou le protonotaire sur avis du conseil de famille	**306.** A tutor cannot appeal from a jugdment, until he is authorized by the judge, or the prothonotary, on the advice of a family council.

---

* *Meslé, ch.* 8, *no.* 16. } Les tuteurs et les curateurs qui sont chargés de faire payer tout ce qui est dû au mineur, peuvent de leur chef faire les poursuites en justice pour le paiement des dettes quand il ne s'agit que de manières sommaires ; mais s'il s'agissait de droits réels ou de quelque autre chose d'importance, capable d'engager dans des contestations solennelles, soit en demandant, soit en défendant il serait bon que les tuteurs et les curateurs se fissent autoriser pour cela par avis de parens et par conseil ; car ils ne sauraient prendre assez de précaution quand il s'agit d'exposer le mineur à des condamnations qui emportent hypothèque sur ses fonds.

Id., p. 494.—En France où le pouvoir d'interjetter appel est beaucoup plus étendu que dans le Droit Romain, on suit en ce point la disposition de la loi 16 ff. *de min.* c'est-à-dire qu'on n'admet point la restitution pour cause de minorité contre les jugemens qui sont sujets à l'appel.

---

1 *Domat, Liv.* 2, *Tit.* 1, *sec.* 3, *no. XI.* } Dans les procès, il (le tuteur) ne doit ni en faire pour le mineur, ni soutenir ceux qu'on pourrait lui faire, sans l'avis des personnes de qui il doit prendre le conseil.

---

307. [Le tuteur ne peut transiger au nom de son mineur qu'après y avoir été autorisé par le tribunal, le juge ou le protonotaire sur avis du conseil de famille, accompagnée de ces formalités, la transaction a le même effet que si elle était faite avec un majeur.]

307. [A tutor cannot transact in the name of the minor unless he is authorized by the court, the judge or the prothonotery on the advice of a family council. Accompanied by these formalities, transaction has the same effect as if made with a person of age.]

[ARTICLE 307.]

Lahaye, sur art. 467, C. N. } Domat, lois civiles, liv. 2, tit. 1, sec. 2, n. 6— Le tuteur peut toujours faire la condition du mineur plus avantageuse, accepter les donations qui ne soient pas à charge, transiger; en sorte que, si le demandeur est créancier, il conserve sa dette, et que, s'il est débiteur, il trouve son avantage, ou par la diminution de la dette, ou par la facilité du paiement : mais le tuteur ne peut donner les biens du mineur, ni transiger en perdant quelque droit ou en la diminuant, ni imposer de nouvelles charges, comme des servitudes aux héritages, ni intenter ni soutenir de mauvais procès, ni déférer le serment à un débiteur, si ce n'est qu'il ne fût pas possible d'établir la dette du mineur, et qu'il ne pût y avoir que cette ressource, il ne peut enfin compter en rien la condition de ce mineur.

Berlier, exposé des motifs.—Tant de précautions écartent toute espéce de danger : elles subviennent aussi au besoin de la société, qui en accordant une juste sollicitude aux mineurs doit aussi considérer les majeurs ; elles donnent enfin à l'administration du tuteur son vrai complément. Que serait-ce en effet, qu'une administration qui ne trouverait pas dans la législation un moyen d'éviter un mauvais procès, ni de faire un arrangement utile ?

Malleville.—Il faut bien remarquer que cet article n'autorise que les transactions passées de la manière prescrite et non les compromis, qui furent toujours interdits au tuteur. Il y a, en effet, une grande différence de la transaction, qui est une convention certaine, à un compromis, dont l'évènement est toujorrs incertain (Hua, Rolland, tutelle, n. 243 ; Duranton, t. 3, n. 597 ; A. Dalloz, tutelle, n. 460).

Delvincourt t. 1, note 3 de la p. 127.—Il ne peut transiger, même sur une *action mobilière*. Cependant, il pourrait y acquiescer sans autorisation.

Le tuteur peut-il déférer le serment sans autorisation ? Il

ne le peut pas si l'action est immobilière; mais je crois qu'il le peut si elle est mobilière.

Victor Augier, Encycl. des jug. de paix, Mineur § 2, n. 11.—Cet article ne se rapporte qu'aux actions immobilières ou autres que le mineur émancipé ne peut suivre seul, car il lui est permis de transiger sur des objets dont il a la libre disposition; par exemple, sur les dégradations ou des fermages au sujet desquels il existerait un litige entre lui et le fermier.

A. Dalloz, tutelle, n. 470.—Quand le tuteur s'est conformé à toutes les formalités dont il vient d'être parlé, ce qu'il a fais est censé l'avoir été par le mineur lui-même, et c'est alors le cas de la règle *factum tutoris*, *factum pupilli*; mais s'il ne let a pas observées, les actes son nuls comme faits par un individu sans pouvoir, et le mineur a tout le temps de la prescription ordinaire pour faire annuler les actes. (Grenier, des hypothèques, n. 48; Duranton, n. 598.—*Contrà* Vazeille.)

---

* *C. N.*, 467. } Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi près le tribunal de première instance.—La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du roi.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES CONTENUES
DANS LE SECOND VOLUME.

——:o:——

CONTINUATION DU TITRE 5.
DU MARIAGE.

——:o:——

FIN DE LA TABLE DU SECOND VOLUME.